

DE LA TRANSCRIPTION
DES
JUGEMENTS DE DIVORCE

~~~~~  
THÈSE POUR LE DOCTORAT  
(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

*Le mercredi 26 décembre 1900, à 1 heure et demie*

PAR

François RICHARD

~~~~~

Président : M. DESLANDRES, professeur.

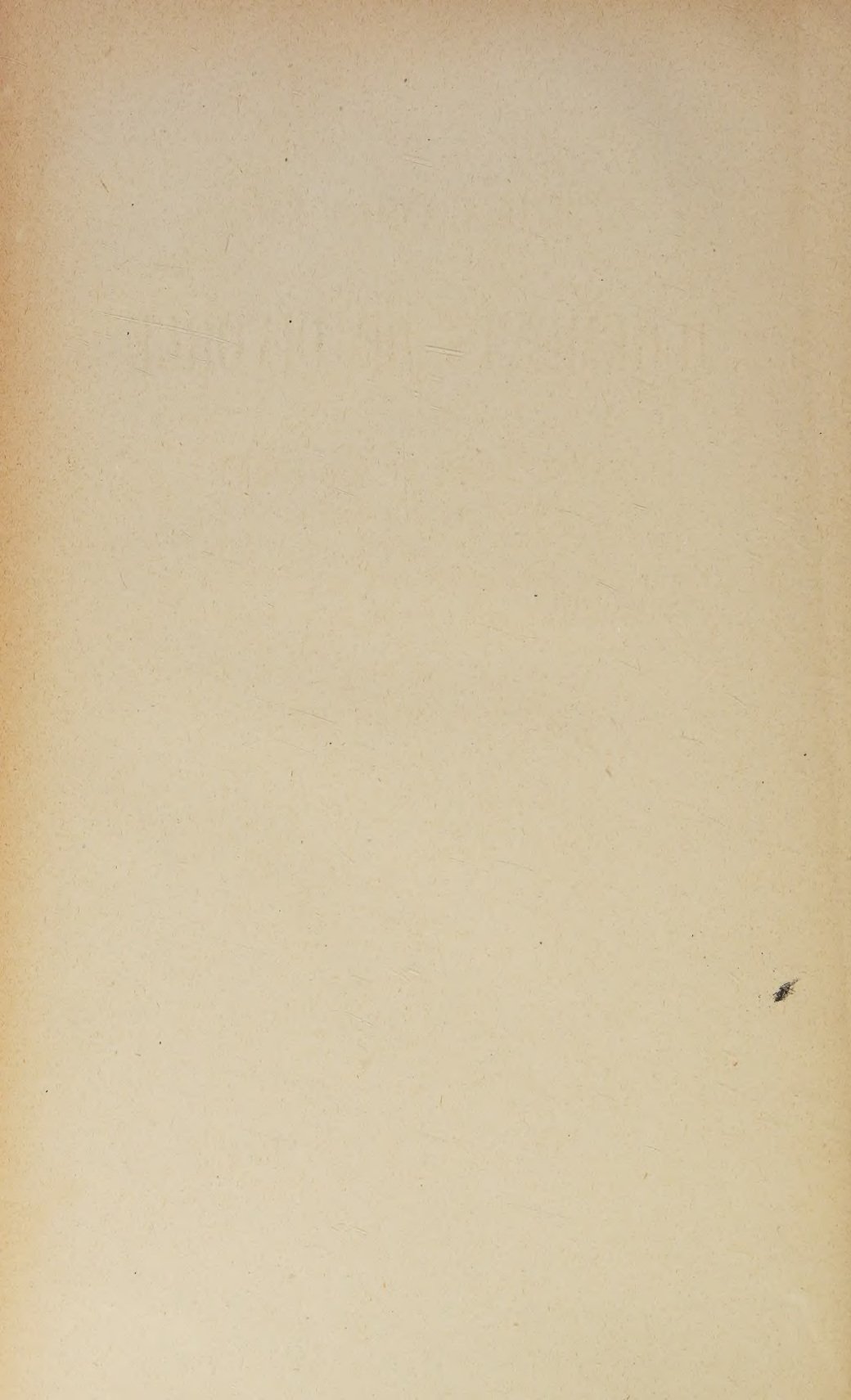
Suffragants { *M. GÉNY, professeur.*
 { *M. SIMONNET, chargé de cours.*

—  —

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9.



DE LA TRANSCRIPTION
DES
JUGEMENTS DE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le mercredi 26 décembre 1900, à 1 heure et demie

PAR

François RICHARD

Président : M. DESLANDRES, professeur.

Suffragants { *M. GÉNY, professeur.*
 { *M. SIMONNET, chargé de cours.*



DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE

- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil.*
- CARPENTIER. — *Traité théorique et pratique du Divorce.*
- COSTE. — *Point de départ des effets du Jugement de Divorce.*
- COULON. — *Le Divorce et la Séparation de corps.*
- COULON, FAIVRE et JACOB. — *Manuel formulaire du Divorce.*
- CURET. — *Code du Divorce.*
- DEMANGEAT sur MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Droit civil.*
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Droit civil.*
- DEMOLOMBE et GREVIN. — *Traité du Divorce.*
- DRAMARD. — *Jurisprudence du Divorce*, 1888.
- GARSONNET. — *Traité de Procédure.*
- GOIRAND. — *Traité du Divorce.*
- HITIER. — *Développement de la Jurisprudence en matière du Divorce.*
- LABBÉ. — *Notes dans le Sirey.*
- LAURENT. — *Croit civil.*
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle.*
Tome III.
- MASSIGLI. — *Revue critique de Jurisprudence et de Législation.* Année 1890, t. XIX, p. 450 et suiv. ; — 1894, t. XXIII, p. 120 et suiv.
- PIC. — *Jurisprudence du Divorce*, février 1887.
- POULLE. — *Le Divorce et les lois de 1884 et 1886.*
- SOULIÉ. — *Revue critique de Jurisprudence et de Législation*, 1899.
- TISSIER. — *Notes dans le Sirey.* — *Revue critique de Jurisprudence et de Législation* (années 1896 et 1897).
- WRAYE et GODE. — *Du Divorce et de la Séparation de corps.*
-

INTRODUCTION

HISTORIQUE DE LA TRANSCRIPTION

Pour comprendre exactement le caractère et l'importance d'une prescription juridique, n'est-il pas indispensable de connaître son origine, sa généalogie, s'il est permis de s'exprimer ainsi?

Qu'on nous autorise donc, avant d'examiner dans ses détails « *la Transcription des Jugements prononçant le Divorce* », à nous reporter un instant aux institutions antérieures à la formalité dont il s'agit ici.

Dans la plupart des législations anciennes ou modernes, s'il est un acte solennel par excellence, c'est le mariage ; la gravité et la durée de ses conséquences morales et juridiques l'ont fait soumettre à un formalisme plus ou moins rigoureux, suivant les époques.

Le divorce, étant l'opposé du mariage, devait par

contre-coup, chez les peuples qui l'admettaient, participer quelque peu à ce formalisme. N'est-ce pas une tendance naturelle de l'esprit qui se révèle dans le vieil adage romain : *Nil tam naturale est quam eodem genere quidquē dissolvere quo colligatum est?*

Aussi voyons-nous la loi hébraïque exiger du mari qui répudie sa femme la rédaction et la remise à cette dernière d'une « lettre de divorce ».

Chez les Germains, la coutume assujettissait les époux divorçants à certaines formalités : le mari redemandait à l'épouse les clefs de la maison ; tous deux prenaient une bande d'étoffe de lin et la coupaient en en gardant chacun une moitié.

En Grèce également, le divorce était soumis à des règles de procédure particulières. Il fallait toujours qu'il fût prononcé par un magistrat et les formalités étaient compliquées, surtout lorsque la femme était demanderesse.

A Rome, le mariage dans sa forme première (mariage *cum manu*), se dissolvait par un acte analogue à celui qui l'avait établi. A la *coemptio* répondait la *remancipatio* ; à la *cofarreatio* s'opposait la *diffareatio*, où les époux, prenant les dieux à témoin de leur désaccord, prononçaient mutuellement des paroles de répudiation solennelles et, dit-on, terribles.

Lorsque le mariage *sine manu* commença à se répandre, on ne songea pas tout d'abord à imposer des formes à la dissolution d'une union que le simple consentement suffisait à créer.

L'état de choses changea sous le règne d'Auguste avec la *Lex Julia de Adulteriis*, inspirée par le désir

de diminuer la fréquence des divorces. La volonté des époux dut, dans tous les cas, être exprimée en présence de sept témoins, pubères et citoyens, et écrite dans un *libellus repudii* remis à l'autre conjoint par un affranchi.

Quittons maintenant les législations anciennes pour jeter un coup d'œil sur le Droit français.

On sait qu'antérieurement à la Révolution le divorce ne fut pas reconnu chez nous; le mariage formait une matière du Droit ecclésiastique; or le Concile de Trente avait proclamé l'indissolubilité du lien conjugal.

La prohibition disparut avec l'ancien régime; les hommes de la Révolution, imbus des souvenirs de l'antiquité et du grand principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité de la liberté humaine, rétablirent le divorce et en rendirent l'accès assez facile. (Décret 20 septembre 1792.) Il était prononcé solennellement par l'officier de la commune du domicile matrimonial, suivant les formes déterminées par le décret du 20-25 septembre 1792. Le demandeur devait requérir personnellement cette prononciation et sommer le défendeur d'y assister.

Dans le cas de divorce pour condamnation du conjoint à une peine afflictive ou infamante, il était tenu de représenter le jugement qui la contenait, et dans celui de divorce pour absence pendant cinq ans consécutifs, de produire un acte de notoriété.

Lorsqu'il s'agissait d'une autre cause de divorce, le demandeur devait, pour être autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil, obtenir une sentence du Tribunal arbitral de famille.

Au contraire, le divorce était-il demandé d'un commun accord pour causes non déterminées, les époux étaient tenus de comparaître au préalable devant une assemblée composée de leurs plus proches parents.

Le décret de 1792, d'abord accueilli avec faveur, ne tarda pas à être attaqué. Quand il fut question de rédiger le Code civil, un revirement général s'était opéré dans les esprits ; les idées de liberté avaient fait place aux idées d'ordre et de stabilité ; ce qu'on réclamait avant tout, dans le domaine du droit privé comme dans celui de la politique, c'étaient des institutions fortes et durables.

D'autre part, l'extrême facilité de la loi et des assemblées de famille à conduire au divorce, avait considérablement diminué le prestige du mariage, à tel point même qu'on soutint devant les tribunaux que la bigamie n'était pas un crime, la volonté de rompre un premier mariage étant suffisamment affirmée par la célébration d'un second.

Avec le Code civil eut donc lieu une heureuse réaction. Il limita les causes du divorce, confia aux tribunaux ordinaires les anciennes attributions des assemblées de famille, mais ne toucha pas aux formes mêmes de ce qu'on peut appeler l'« acte de divorce ».

« En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, disait l'article 264, l'époux qui l'aura requis sera obligé de se présenter dans le délai de deux mois devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce. »

Cette disposition fut admise sans discussion. Pour tout le monde, le divorce devait être *solennel*, et on ne concevait pas, en la circonstance, de solennité en dehors de l'intervention de l'officier de l'état civil.

Un divorce, en effet, comporte deux conditions : 1^o des faits injurieux de nature à rendre la vie commune impossible ; 2^o la volonté bien arrêtée de l'époux offensé de rompre l'union conjugale.

Aux tribunaux ordinaires de constater si la première condition est remplie, à l'officier de l'état civil de se préoccuper de la seconde.

Ajoutons que le législateur de 1804, craignant qu'on ne fût pas assez pénétré de l'importance morale du divorce, du caractère extraordinaire de ce remède offert aux époux malheureux, ne voulut pas confier le soin de le prononcer à l'autorité judiciaire, chargée du règlement d'affaires où n'entre en jeu le plus souvent qu'un pur intérêt d'argent.

Enfin la stricte logique, pour qui les juristes ont toujours un faible, exigeait que les formes de la dissolution du mariage fussent analogues à celles de sa célébration.

Or, lors d'une célébration de mariage, nous apercevons dans la salle de mairie deux futurs époux qui désirent confondre leurs existences, un magistrat public chargé de donner l'authenticité à leurs déclarations, puis des témoins appelés là bien plus encore pour ajouter au caractère imposant de l'acte que pour prévenir des fraudes.

La dissolution de l'union formée ainsi se produit d'après le Code civil par le concours des mêmes

éléments : déclaration du demandeur en divorce en présence de l'autre époux ou lui dûment appelé, prononciation d'une formule quasi-sacramentelle par l'officier de l'état civil, enfin assistance de témoins.

La ressemblance de cette célébration (le terme n'est pas excessif) et de celle du mariage paraît encore plus saisissante quand le divorce a lieu par consentement mutuel. Les deux conjoints sont alors toujours en présence et tous deux doivent affirmer chacun à leur tour leur volonté de devenir étrangers l'un à l'autre.

Le régime établi en 1804 tomba avec la loi du 8 mai 1816 abolissant le divorce. Il reparut après une éclipse de plus de soixante ans grâce à la loi du 27 juillet 1884 (1). Le titre VI (livre premier) du Code civil fut remis en vigueur avec une seule modification intéressante à notre point de vue, c'est-à-dire avec abrogation des articles relatifs au divorce par consentement mutuel.

Des critiques aussi vives que nombreuses ne tardèrent pas à s'élever contre la formalité imposée par l'article 264.

La présence d'un officier de l'état civil, disait-on,

(1) « Au jour fixé, il (l'époux qui a obtenu gain de cause) comparait assisté de quatre témoins devant le maire, dans la salle des mariages. — L'officier de l'état civil, ceint de son écharpe, l'interpelle en ces termes : « Persistez-vous à réclamer le bénéfice du jugement » qui vous a autorisé à vous présenter devant l'officier de l'état civil » pour entendre prononcer le divorce ? », et sur la réponse affirmative, il ajoute : « Au nom de la loi, je déclare que le mariage contracté entre M. X... et M^{me} Z... est dissous par l'effet du divorce. » Beurdeley, adjoint au maire du XVIII^e arr. de la ville de Paris. *Le Droit*, 8 déc. 1885.

est nécessaire lorsqu'on célèbre un mariage ; il s'agit de constater d'une façon authentique le consentement des futurs époux. D'un autre côté, il convient de donner au mariage une certaine solennité pour faire comprendre aux intéressés la gravité de l'engagement qu'ils prennent.

S'agit-il d'un divorce, les mêmes raisons n'existent plus. La volonté libre et ferme de l'époux demandeur est prouvée suffisamment par le jugement intervenu après de longs débats. D'autre part la nécessité d'une comparution devant l'officier de l'état civil a bien peu de chance de faire hésiter celui qui ne recule pas devant le scandale public qu'entraîne presque toujours une action en divorce.

Non seulement, ajoutait-on encore, la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil est inutile, mais dans certaines circonstances elle amène des inconvénients sérieux. Des scènes orageuses ont lieu fréquemment dans les mairies au moment où le divorce est prononcé en présence des deux époux ; des invectives on tente quelquefois de passer aux voies de fait. A Paris notamment et dans les grandes villes, où les divorces sont plus nombreux que dans les campagnes, on a pu faire ces regrettables constatations (1).

(1) « La vérité est que la cérémonie de la *prononciation* du divorce répugne à nos mœurs. C'est, en effet, une étrange idée de réunir devant le maire impuissant à les concilier, deux époux que la vie commune a aigris et qui sortent tout meurtris du prétoire du juge. On n'a pas vu une seule réconciliation se reproduire pendant cette cérémonie de la dernière heure, mais on a vu l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, se présenter menaçant devant l'officier, prendre place selon le vœu de la loi à côté de son conjoint, alors

La pratique révèle encore un autre inconvénient : les officiers d'état civil sont parfois portés à s'exagérer l'importance de leur rôle et se trouvent arrêtés par maintes questions complexes relatives aux effets du divorce ; ils en réfèrent alors au Parquet, d'où retard très préjudiciable aux intéressés.

Tels sont les arguments que faisaient valoir les partisans de la réformation de l'article 264.

On les reproduisit en les complétant lorsque vint en discussion au Sénat le projet de loi sur la procédure du divorce, présenté par le gouvernement le 11 juin 1885.

Le garde des sceaux, M. Henri Brisson, et le président de la Commission chargée de l'examen du projet, M. Allou, firent en outre remarquer le caractère anormal du système du Code civil ; contrairement au droit commun, il ne laissait pas aux tribunaux la mission de tirer des faits qu'ils avaient vérifiés les conséquences légales. Cette anomalie, disait-on, pouvait à la rigueur se comprendre lorsqu'existait le divorce par consentement mutuel, pour lequel on n'avait qu'à constater la volonté des époux et non à juger des faits précis, mais elle aurait dû disparaître avec lui (1).

On concluait donc à l'abrogation de la règle contenue dans l'article 264, et l'on proposait de remplacer l'*acte* du divorce par une transcription du

que les agents de la police l'observaient du fond de la salle, prêts à intervenir s'il passait des menaces aux voies de fait. — On a vu des scènes scandaleuses de récriminations et d'invectives se produire en pleine salle des mariages. » Beurdeley. *Le Droit*, 8 déc. 1855.

(1) Séance du 20 décembre 1885. — *J. O. (Sénat)*, débats, p. 1298.

jugement ou de l'arrêt admettant le divorce, sur les registres de l'état civil. Cette transcription devait être requise par l'époux ayant obtenu gain de cause dans les deux mois du jugement, ou par son conjoint dans le deuxième mois suivant son obtention, et cela sous peine de nullité.

Les critiques formulées par les partisans du projet trouvèrent un accueil favorable au Sénat malgré la vive opposition du rapporteur de la Commission, M. Emile Labiche, qui défendait le système du Code.

A la Chambre des députés il en fut de même. Le projet de loi sur la procédure du divorce fut donc adopté sur ce point comme il l'avait été précédemment sur les autres et devint la loi du 18 avril 1886.

La transcription créée par lui fut réglementée par les articles 251-252 du Code civil (nouvelle rédaction).

Nous allons essayer de voir quelle est la portée de ces articles et d'élucider, si possible, les difficultés assez délicates et nombreuses qu'ils ont fait naître dans la pratique.

Pour nous faciliter la tâche, nous diviserons cette étude en cinq chapitres.

Dans le premier, nous indiquerons *en quoi consiste la transcription*, quelle est la nature de cette formalité.

Dans le deuxième, nous rechercherons les *conditions nécessaires* pour que la transcription puisse valablement s'opérer.

Le troisième chapitre sera consacré aux *effets de la transcription*.

Dans un quatrième, nous nous préoccupons de la *sanction attachée aux prescriptions légales*.

Enfin nous tenterons dans un cinquième chapitre, une *appréciation critique* de l'œuvre du législateur de 1886.

DE LA TRANSCRIPTION

DES

JUGEMENTS DE DIVORCE



CHAPITRE PREMIER

Nature de la Transcription. — Son formalisme.

L'article 251 du Code civil nous indique ce qu'est la transcription : « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. — Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France. »

Nous apprenons donc que notre formalité consiste 1° en une copie littérale (le mot « transcription » le démontre par lui-même) du jugement sur un

registre de l'état civil ; — 2° en une mention, c'est-à-dire une indication brève de ce même jugement en marge de l'acte de mariage des époux.

Il y a donc deux formalités très distinctes, et nous devons nous occuper séparément de la transcription proprement dite et de la mention.

Et d'abord, nous venons d'avancer que la transcription est une copie du jugement de divorce ; mais est-ce une copie intégrale, le texte est-il reproduit *in extenso* ? Non.

Dans un jugement, nous trouvons trois parties principales : en premier lieu, les qualités qui sont l'œuvre des avoués des parties et qui contiennent la désignation précise du demandeur et du défendeur, l'exposé des actes de procédure et des principaux points de fait et de droit ; en deuxième lieu viennent les considérants, c'est-à-dire le développement des motifs qui ont déterminé le juge ; enfin, le dispositif, qui renferme l'ensemble des décisions prises par le tribunal.

Eh bien, ce sera cette dernière partie du jugement qui devra seule être reproduite sur les registres de l'état civil. On n'a plus à se préoccuper de la procédure, des prétentions des parties, puisque le rôle de la justice est terminé ; d'autre part il importe peu de connaître les considérants ; le fait reste le même quelles que soient les causes qui l'ont amené. Dans la plupart des cas, il y aurait même des inconvénients graves à les inscrire sur un registre dont le public peut prendre librement connaissance, et l'on infligerait ainsi une véritable flétrissure à l'époux contre qui le divorce a été prononcé.

Toutefois la formule employée par l'article 251 est peut-être trop absolue : il n'est pas tout à fait exact de dire que le dispositif seul doit être transcrit. L'indication des personnes en cause y est en effet très succincte ; on ne mentionne guère que les noms de famille, et cependant les prénoms, la profession, le domicile exact des parties sont *a priori* indispensables à connaître pour qu'aucun doute ne puisse subsister sur leur individualité : on sera donc contraint pour les mentionner de chercher des renseignements plus complets dans les qualités du jugement ou de l'arrêt ; c'est le vœu du législateur !

Cette façon de procéder est recommandée dans une circulaire du 25 juillet 1887, adressée par le Parquet de la Seine aux maires du ressort. « L'article 251, dit-elle en son § 1^{er}, porte : « Le dispositif » du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les » registres de l'état civil... » Le dispositif proprement dit ne contient pas ordinairement l'indication suffisamment, précise des noms et prénoms des époux divorcés. En le transcrivant purement et simplement vous courriez le risque d'opérer une transcription peu claire ou indéterminée et ne répondant pas à l'intention du législateur. Il me paraît facile d'obvier à cet inconvénient en transcrivant d'abord l'indication du nom des parties telle qu'elle se trouve toujours dans les qualités du jugement. »

Nous venons de voir que la transcription est une copie littérale du dispositif du jugement prononçant le divorce, ajoutons que c'est un véritable acte de l'état civil.

Sans doute cet acte ne ressemble pas beaucoup

aux autres, à un acte de naissance ou de mariage par exemple, puisqu'il n'y a pas ici de comparants venant affirmer l'existence de tel fait ou de tel consentement, mais il n'en est pas moins un acte de l'état civil soumis à telles ou telles conditions dont l'officier public devra, sous sa responsabilité, vérifier l'accomplissement.

Comme les autres actes, il sera signé de l'officier public, des extraits pourront en être délivrés par ce dernier et les affirmations qu'il présentera seront tenues pour vraies jusqu'à inscription de faux : l'acte devra contenir l'indication de l'année, du jour et de l'heure de sa rédaction, des noms, prénoms, profession et domicile des époux divorcés, suivant la prescription générale de l'article 34 du Code civil. L'officier de l'état civil indiquera en outre que le jugement de divorce lui a été signifié, que les pièces nécessaires énumérées dans l'article 252 lui ont été fournies.

En un mot la transcription n'est pas seulement une inscription matérielle faite sur un registre de mairie, mais un acte impliquant une intervention *active* d'un officier public, et, pour cette raison, nous devons le considérer comme soumis aux règles générales édictées pour les actes de l'état civil, toutes les fois que ces règles ne seront pas en contradiction avec sa nature particulière et avec l'esprit de la loi de 1886.

Sur quel registre la transcription sera-t-elle opérée ? C'est évidemment sur le registre des mariages où elle sera placée à sa date, à moins qu'il n'existe, en raison de l'importance de la commune où elle est requise, un registre spécial.

La loi du 18 avril 1886 exige qu'à la transcription du jugement, l'officier de l'état civil compétent joigne une mention en marge de l'acte de mariage des époux divorcés. Cette obligation, dont l'utilité est manifeste, a été imposée pour mettre l'article 252 en harmonie avec la disposition de l'article 101, prescrivant une mention pareille dans le cas de rectification d'un acte de l'état civil. Cette mention n'étant qu'une sorte de renvoi, sera très courte ; elle indiquera que le mariage, constaté sur la même page du registre, s'est trouvé dissous par suite d'un jugement de divorce. Ajoutons qu'elle devra révéler que la transcription a été faite ; beaucoup d'auteurs ne l'exigent pas : c'est un tort, à notre avis, car le mariage ne tombe que devant un jugement de divorce dûment transcrit.

Nous aborderons maintenant un point un peu plus délicat. La transcription, ceci est établi, est une copie du dispositif d'un jugement prononçant le divorce sur les registres de l'état civil, mais de quelle commune ? Assurément il n'est pas indifférent de s'adresser à n'importe quelle mairie. Il s'agit ici d'une mesure édictée, à un certain point de vue (nous réservons le côté général de la question), dans un but de publicité.

Sous l'empire du Code civil, l'acte de divorce rentrait dans la compétence de l'officier d'état civil du domicile matrimonial, celui du mari par conséquent, le mariage subsistant jusqu'à la cérémonie prescrite par l'article 264. Cela se comprenait, puisque le demandeur était tenu de comparaître en personne et que le défendeur était appelé à se pré-

senter ; il était sage d'éviter aux parties les frais et la gêne d'un déplacement.

Le même motif n'existe plus aujourd'hui, c'est pourquoi la loi de 1886 décide qu'on devra s'adresser à l'officier public de la commune où le mariage a été célébré, ce qui facilite la mention qu'elle exige. La loi supprime également par là les difficultés qui s'élevaient avant sa promulgation pour la détermination exacte du domicile matrimonial et tarit ainsi une source abondante de procès.

C'est l'officier de l'état civil de la commune où la transcription est requise qui a le devoir de vérifier si le mariage a bien été célébré au même lieu ; il est juge de sa compétence. Sans doute tous les jugements ou arrêts prononçant le divorce ordonnent la transcription sur les registres de telle ou telle mairie, mais cette disposition, quoique utile, n'est pas indispensable ; aussi est-ce avec raison que la jurisprudence déclare qu'un arrêt ne saurait être attaqué sous prétexte d'erreur dans la désignation du lieu où la transcription devra être effectuée.

L'officier d'état civil fera le nécessaire pour vérifier les énonciations des parties : c'est à elles à déclarer la date exacte, le lieu du mariage, et comme le dit d'ailleurs une circulaire du procureur de la République près le Tribunal de la Seine, en date du 25 juillet 1887, elles ne peuvent contraindre les officiers d'état civil à des recherches longues et ingrates.

Il est une hypothèse où la règle nouvelle de l'unité de lieu pour la formation et la dissolution du mariage ne s'appliquera pas et où par conséquent

la fixation de l'endroit où devra s'opérer la transcription sera assez délicate : c'est lorsque le mariage aura été célébré hors de France, soit selon les formes locales, soit par devant les agents diplomatiques ou consulaires français.

L'article 251 *in fine* qui prévoit le cas, n'offre pas toute la clarté désirable. La transcription, nous dit-il, sera faite sur les registres de la commune « où les époux avaient leur dernier domicile ».

Comment devra-t-on traduire cette expression ?

On pourrait dire que la loi veut parler du « dernier domicile connu » et vise spécialement le cas où le domicile actuel du mari au moment de la transcription serait inconnu (ceci arrive fréquemment surtout lorsque le mari a été condamné par défaut dans le jugement de divorce). On se reporterait alors au dernier domicile connu. Cela serait d'autant plus vraisemblable que le cas, nous l'avons dit, avait soulevé de nombreuses difficultés avant 1886, lorsque l'officier d'état civil compétent pour rédiger les actes de divorce en France était celui du domicile matrimonial.

Quelques décisions judiciaires, notamment un jugement du Tribunal civil de la Seine du 21 novembre 1884, avaient donné dans cette hypothèse d'incertitude sur le domicile matrimonial, compétence à l'officier d'état civil du domicile de la femme.

Le garde des sceaux, dans une circulaire de décembre 1884 aux procureurs généraux, estimait au contraire qu'il y avait lieu de faire commettre dans notre hypothèse un officier d'état civil par les tri-

bunaux. Ce serait donc un troisième système, assez pratique du reste, qu'aurait adopté l'article 251 *in fine* : l'officier compétent serait celui du domicile matrimonial au moment de la transcription; lorsqu'on l'ignorerait, la transcription serait opérée au lieu du dernier domicile connu.

Nous ne nous arrêtons pas à cette opinion, quoiqu'elle puisse se soutenir. Mais alors comment expliquer le mot de l'article 251 « avaient »? Ce passé indique à notre sens qu'il faut nécessairement se reporter à une date antérieure et non s'attacher au moment présent; le domicile matrimonial a pu changer plusieurs fois dans l'intervalle de temps qui sépare la demande en divorce de la transcription du jugement. Aussi le législateur, croyons-nous, a voulu dire que l'officier d'état civil du domicile matrimonial serait compétent et qu'on déterminerait ce domicile en se plaçant au jour de la demande en divorce. Cette explication assez simple a de plus l'avantage d'être d'accord avec les principes généraux de la procédure. On règle la compétence dans toute action judiciaire d'après la situation existant au jour de la demande. On fait abstraction, pour ainsi dire, du temps qui s'est écoulé postérieurement jusqu'à la décision définitive.

Si des difficultés s'élèvent pour fixer le domicile exact au moment de la demande, on les résoudra en suivant les errements de la jurisprudence antérieure à 1886.

Quand un mariage a été célébré en France, la transcription et la mention en marge de l'acte de mariage se font au même endroit; il peut n'en être

plus de même si le mariage a été célébré à l'étranger. L'acte, dans cette hypothèse, a dû, aux termes de l'article 171 du Code civil, être transcrit dans les trois mois du retour en France, sur les registres du lieu où les époux fixent leur domicile. C'est sur ces mêmes registres que devra s'opérer la mention du jugement de divorce, si l'article 171 a été observé.

Quant à la transcription, nous savons qu'elle doit être faite, au cas de mariage célébré hors de France, au siège du domicile matrimonial, en se plaçant au jour de la demande en divorce.

Plaçons, en terminant, une observation générale sur toutes les mentions de jugements prononçant le divorce.

On sait que les registres de l'état civil sont tenus en double, et qu'à la fin de chaque année un des exemplaires de l'année qui vient de s'écouler est envoyé au greffe du Tribunal de première instance. Or il y aura lieu de mentionner les jugements prononçant le divorce sur ces exemplaires du greffe comme sur ceux qui restent en dépôt dans les mairies. A cet effet, sauf le cas, assez invraisemblable d'ailleurs, où il s'agirait de la dissolution d'un mariage célébré dans l'année courante, l'officier de l'état civil devra aviser le procureur de la République des transcriptions qu'il opère, afin que ce dernier puisse faire rédiger par le greffier les mentions correspondantes.

Nous en avons fini avec les brèves indications qu'il était utile de donner sur le formalisme de la transcription. On aperçoit facilement le fonctionnement pratique du système légal : Une personne a une

affaire avec une autre qu'elle soupçonne être divorcée, elle n'a qu'à demander un extrait de son acte de mariage ; la mention mise en marge lui révélera le fait du divorce, et un extrait de la transcription du jugement lui donnera, si elle le désire, de plus amples détails.

CHAPITRE II.

Conditions exigées pour la Transcription.

§ 1. — *Conditions relatives aux jugements de divorce.*

PREMIÈRE CONDITION. — Dès qu'un jugement prononçant le divorce a été obtenu, il n'y a pas lieu pour autant de procéder tout de suite à sa transcription. Il faut, nous dit l'article 252, § 1 du Code civil, attendre que la décision soit *définitive*.

Alors seulement on pourra la signifier à l'officier de l'état civil; alors seulement l'inaction des intéressés les rendra passibles de la déchéance édictée par le même article 252, faute de réquisition de transcription dans un délai de deux mois.

Le législateur a considéré que la transcription était un de ces actes qu'il est difficile d'effacer une fois qu'ils ont été accomplis. Si la transcription s'opérait, aussitôt un jugement obtenu, un arrêt par exemple pourrait faire tomber ce jugement; on procéderait bien alors à une radiation sur les re-

gistres de l'état civil, mais les tiers qui se seraient fait délivrer des extraits de la transcription se trouveraient victimes d'une erreur presque invincible ! Les registres de l'état civil n'offriraient plus une sécurité absolue !

Au contraire, en exigeant que la décision soit définitive, c'est-à-dire à l'abri de toute voie de recours, on n'a plus à redouter les conséquences désastreuses d'une réformation. C'est une pensée analogue à celle-ci qui avait déjà donné naissance à l'article 548 du Code de procédure civile, d'après lequel les jugements prononçant une mainlevée, une radiation d'inscription hypothécaire, un paiement ou quelque chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne sont exécutoires par les tiers ou contre eux qu'une fois « définitifs ».

Nous trouvons encore une disposition de même ordre dans l'article 2157 du Code civil (1). Le principe est le même ; quand il s'agit d'un acte grave, sur lequel il est difficile de revenir utilement, il faut pour l'opérer une décision définitive, non susceptible d'annulation postérieure.

Ceci posé, voyons à quelle condition une décision judiciaire prononçant le divorce peut être considérée comme définitive. Plaçons-nous donc successivement dans les différentes situations qui peuvent se présenter.

(1) L'article 2157, au titre « Des Privilèges et Hypothèques » du C. civ., est ainsi conçu : « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. »

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le jugement intervenu est contradictoire.* — Une seule voie de recours est normalement admise : l'appel.

Conformément à l'article 443 du Code de procédure, on ne peut l'interjeter que dans les deux mois qui suivent la signification du jugement à personne ou à domicile. D'autre part, on devra observer l'article 449 du même Code, prohibant tout acte d'appel avant l'expiration d'un délai de huitaine. Le droit commun s'applique en notre matière, l'article 248 du Code civil le dit expressément.

De deux choses l'une : ou l'appel est interjeté, alors un arrêt intervient et nous rentrons dans une hypothèse examinée ultérieurement, ou le délai de deux mois s'écoule sans que le jugement soit attaqué.

Dans ce dernier cas, le jugement deviendra définitif le jour de l'expiration du délai et rien ne s'opposera plus à la transcription. Le délai d'appel et non pas seulement l'appel interjeté, produit en notre matière un effet suspensif contrairement aux principes généraux, au moins en ce qui touche la transcription (arg. tiré des art. 252, al. 1, C. civ., et 548 Pr. civ.). Le jugement de divorce n'étant pas, nous le verrons, susceptible d'acquiescement, jusqu'à l'expiration du délai d'appel on est dans l'incertitude sur le point de savoir si le jugement sera ou non frappé d'appel. Il est donc logique qu'on attende l'expiration de ce délai avant d'opérer la transcription du jugement.

Plaçons ici une observation. Nous venons de dire que l'appel était la seule voie de recours admise

normalement contre un jugement de divorce. Il existe cependant une autre voie de recours, mais tout à fait extraordinaire : c'est la requête civile.

Le Code civil et la loi de 1884 l'autorisaient par cela seul qu'ils ne la prohibaient pas en matière de divorce.

Lors de la discussion de la loi du 18 avril 1886, on réclama sa suppression ; de nombreux jurisconsultes firent valoir le caractère particulièrement dangereux qu'elle présentait en permettant de revenir sur un jugement rendu de longues années auparavant.

Le projet du gouvernement, faisant droit à ces critiques, prohibait la requête civile. « Le point de départ du délai pour introduire la requête civile est variable, disait l'exposé des motifs. Il est impossible en cette matière de laisser pèndant un temps indéterminé la décision sous le coup d'une revision possible. »

La Commission du Sénat, d'abord assez favorable à la suppression, changea d'opinion lors de la seconde délibération du projet et, après d'assez longs débats, on se prononça dans la haute Assemblée pour le maintien du droit commun.

Ces quelques indications historiques données, hâtons-nous de dire qu'au point de vue de la transcription, l'admission par le législateur de la requête civile est indifférente.

Cette voie de recours pouvant être introduite, nous venons de le rappeler, fort longtemps après le jugement qui prononce le divorce, ne saurait évidemment comporter d'effet suspensif.

Parlerons-nous de la *tierce opposition* ? Certains auteurs ne l'admettent pas en notre matière (1); d'autres l'autorisent en s'appuyant sur l'article 66 Code comm., bien que cet article ne vise que le divorce d'un époux commerçant.

Mais en tous cas, l'annulation du jugement qui en résulterait n'aurait d'effet qu'en ce qui touche les créanciers victimes d'une fraude des époux et non entre les parties. *A fortiori*, ne pourrait-il être question ici d'effet suspensif.

Un jugement de divorce contradictoire deviendra donc définitif par la seule expiration du délai d'appel.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Jugement rendu par défaut.* — Avant la loi de 1886, la doctrine et la jurisprudence s'accordaient en général pour repousser les *oppositions* aux jugements par défaut (2).

Aux termes de l'article 263 C. civ., en effet, le délai d'appel courait du jour de la signification du jugement de première instance, qu'il fût contradictoire ou par défaut. L'article 265 au contraire permettait l'opposition contre les arrêts par défaut. Ces dispositions avaient été édictées sous l'empire de l'ordonnance de 1667, n'admettant d'opposition que contre les décisions de dernier ressort.

On soutenait, il est vrai, que le Code de procédure

(1) Carpentier. Loi du 18 avril 1886, n° 147 *in fine*.

(2) Paris : 25 mars 1886 (S. 86-2-130). — Coulommiers : 21 novembre 1884 (S. 85. 2. 47). — Faivre, Coulon et Jacob, p. 116. — Vraye et Gode, pp. 221, 227, 308, *Divorce et séparation de corps*. — Goirand, *Traité du Divorce*, pp. 36 et suiv.

civile, en renversant le principe de l'ordonnance, avait abrogé les articles précités. Mais cet argument était très faible si l'on considère que le Code de procédure renvoyait au Code civil pour les formes de procéder en matière de divorce.

La loi du 18 avril 1886 a consacré le retour au droit commun et supprimé la distinction bizarre entre les jugements et les arrêts rendus par défaut.

Le défendeur contre qui le divorce sera prononcé aura pour former opposition un certain délai pendant lequel, bien entendu, la transcription ne saurait être requise. Ce délai varie suivant les cas. S'il s'agit d'un défaut faute de conclure, le droit commun s'applique (Pr. civile, art. 157); en vain essaierait-on d'invoquer les termes un peu généraux de l'art. 247 du Code civil (art. 247, nouvelle rédaction) (1). « Si le jugement, porte l'art. 157 Pr. civ., est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. »

Dans le cas de défaut contre partie, si la signification a été faite à personne, l'opposition doit avoir lieu dans *le mois* de cette signification.

Si, au contraire, elle n'a pas été faite à personne, qu'elle l'ait été au Parquet, à un voisin ou à une personne au service de la partie défaillante, l'opposition est recevable dans les *huit* mois qui suivront le

(1) Tribunal de la Seine, 28 mars 1889. — Journal *le Droit*, 25 avril 1889.

dernier acte de publicité ordonnée par le tribunal. On sait que cette publicité consiste en des insertions du jugement dans un certain nombre de journaux désignés sur requête par le président du Tribunal civil.

Il est curieux de remarquer en passant l'originalité de cette innovation de la loi de 1886; ici, le délai assigné pour attaquer le jugement n'a pas pour point de départ le jour de la signification. La loi considère en quelque sorte comme n'existant pas la signification ordinaire quand elle n'a pas touché la personne même du défendeur. Elle présume, au contraire, que ce dernier sera nécessairement averti par la publication dans les journaux. Pour le législateur, la véritable signification est l'insertion dans les journaux; c'est une lettre ouverte adressée au défaillant et transmise par un intermédiaire qui trouve les adresses plus facilement que l'huissier commis à cet effet.

Les huit mois éculés, si une opposition survient, l'affaire est recommencée et revient à l'audience, quelle que soit l'espèce de jugements par défaut dont il s'agisse. Un jugement contradictoire est alors rendu qui devient définitif, comme nous l'avons dit, par la seule expiration du délai d'appel.

Si le défendeur ne forme pas d'opposition, le jugement par défaut tire une autorité nouvelle de l'inaction de la partie condamnée, désormais il aura la valeur d'un jugement contradictoire. La transcription ne pourra donc avoir lieu, dans notre cas, qu'après l'expiration du délai d'opposition (8 mois) et l'expiration du délai d'appel (2 mois).

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *Arrêt contradictoire.* — Nous n'avons pas à distinguer le cas où la Cour, en le rendant, confirme un jugement antérieur prononçant le divorce, du cas où elle dissout le mariage en réformant la sentence des premiers juges.

Contre un arrêt contradictoire on ne peut concevoir que trois espèces de voies de recours : la tierce opposition, la requête civile et le pourvoi en cassation (1).

Au sujet des deux premières, nous ne saurions que renouveler les observations déjà faites pour les jugements contradictoires.

Le pourvoi en cassation mérite au contraire un examen attentif. — Ses formes sont bien celles de droit commun ; il doit se produire, conformément à la règle ordinaire, dans les deux mois qui suivent la signification de l'arrêt à partie ; mais ici, par exception, le pourvoi possède un *effet suspensif*.

La transcription d'un arrêt prononçant le divorce ne devra donc pas s'effectuer s'il intervient un recours en cassation ; il faudra attendre la décision de cette Cour. Ainsi dispose l'article 248 *in fine*, Code civil, modifié par la loi de 1886 et celle du 6 février 1893 (2).

(1) Nous n'avons pas parlé du pourvoi en cassation à propos des jugements de première instance, l'appel étant admis dans toutes les instances de divorce.

(2) « D'ailleurs, dit M. Baudry-Lacantinerie, l'effet suspensif s'applique à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce et notamment à l'arrêt interlocutoire ordonnant une enquête. *Lex non distinguit*. (Cass. 23 novembre 1891. S. 92. 1. 18, et Douai, 17 juin 1891. S. 93. 2. 14.) — S'il en était autrement, il pourrait arriver que le divorce fût prononcé et

Le législateur a tenu à garantir la stabilité des mariages qui sont contractés après le divorce. Les autoriser avant qu'il ait été statué sur le pourvoi en cassation, ç'aurait été les exposer au grave danger d'une annulation postérieure (1).

Mais une question se pose tout de suite à l'esprit. — Faut-il, malgré le silence de l'article 248 *in fine*, accorder l'effet suspensif au délai de pourvoi comme au pourvoi lui-même? A défaut de texte positif, l'esprit de la loi paraît exiger qu'il en soit ainsi. La protection qu'on a voulu assurer aux seconds mariages serait incomplète sans cela.

On a voulu assimiler le pourvoi en cassation à l'appel en le faisant bénéficier de l'effet suspensif; poussons jusqu'au bout l'assimilation, elle nous conduira à interdire la transcription pendant le délai de pourvoi comme pendant celui d'appel.

N'y a-t-il pas, du reste, un lien entre l'article 248 et l'article 252 qui exige que la décision à transcrire soit définitive? Le premier des deux textes ne semble-t-il pas consacrer simplement une conséquence particulière du principe plus général énoncé dans le second?

Ces considérations ont déterminé un certain nombre d'auteurs (Carpentier, n° 193; Moraël, thèse, n° 413, Paris, année 1888). L'un d'eux, M. Garson-

suivi d'un nouveau mariage contracté par l'un des époux, puis que l'arrêt interlocutoire ordonnant l'enquête fût cassé : ce qui entraînerait, par voie de conséquence, la nullité du divorce et du nouveau mariage qui l'a suivi. » — *Précis de Droit civil*, t. I, n° 713, 5^e édition.

(1) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. V, p. 270.

net, tire en outre argument de l'article 241, Code procéd. civ., duquel il résulte qu'en matière d'inscription de faux, le délai pour se pourvoir est suspensif comme le pourvoi lui-même.

D'autres, au contraire, résistent à l'extension de l'article 248 *in fine*. (Coulon, *Divorce et séparation de corps*, t. III, p. 382.) — « Le jugement, dit M. Colmet de Santerre, peut être exécuté tant que le pourvoi n'est pas formé : c'est la règle générale sur la situation des parties pendant le délai des pourvois en cassation. Il n'y a pas été dérogé par le Code civil même en matière de radiation d'inscriptions hypothécaires, et l'article 252, 1^o, en énumérant les pièces dont la production est nécessaire pour qu'il soit procédé à la transcription de l'arrêt prononçant le divorce, exige seulement un certificat de non-pourvoi, mais ne parle pas d'une attestation de l'expiration des délais (1). »

La jurisprudence n'a pas été souvent appelée à se prononcer. A noter toutefois un arrêt de la Cour de Liège du 26 juin 1822 (*Pasicrisie*, 1822, II, 183) et un arrêt de la Cour de cassation du 25 juillet 1893 (D. 93, I, 545). Ce dernier arrêt insiste sur le caractère exceptionnel de l'article 248 *in fine* : il déroge au droit commun de notre procédure, interprétons-le donc restrictivement, sans appliquer aux délais de pourvoi une règle qui n'a été établie que pour le pourvoi formé. Les travaux préparatoires, dit l'arrêt, ne nous éclaireissent pas sur l'esprit de la loi ; tenons-nous-en à la lettre.

(1) Colmet de Santerre, t. I, 3^e édition, 357 *bis*, p. 519.

Cette argumentation ne nous a pas convaincu. L'admettre serait enlever presque toute portée à l'article 248, substituer à l'unité d'un système logique une distinction dont on chercherait vainement le motif.

Concluons donc en disant qu'un arrêt prononçant le divorce ne saurait être transcrit avant l'expiration du délai de pourvoi, à moins que, dans l'intervalle des deux mois, un pourvoi n'ait été formé et rejeté.

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. — *Arrêts par défaut.* — Pas de difficulté dans ce cas. La transcription ne pourra avoir lieu tant que l'opposition sera recevable (art. 248). Quand elle aura cessé de l'être, l'arrêt aura la valeur d'un arrêt contradictoire et l'on devra décider comme dans la troisième hypothèse.

Ajoutons que les délais et formes de l'opposition sont identiques pour les jugements et les arrêts rendus par défaut.

Nous venons d'essayer de déterminer, en prenant une à une les diverses situations, le moment où la transcription du jugement de divorce sera possible. Immédiatement une pensée vient à l'esprit : une entente entre les deux époux ne peut-elle pas abrégier les délais dont l'expiration est longue à attendre, hâter enfin la transcription ?

Si l'on s'en tenait en notre matière au droit commun, la réponse serait affirmative ; les délais d'appel, d'opposition et de pourvoi, établis dans l'intérêt du défendeur, ne seraient plus un obstacle à l'exécution, s'il acquiesce au jugement ou à l'arrêt intervenus.

Mais le législateur a dérogé au droit commun. Lorsqu'il s'agit de divorce, il regarde comme dénuées de valeur les conventions des époux, de même qu'il prohibe le divorce par consentement mutuel, il interdit l'acquiescement aux décisions prononçant le divorce. Cette interdiction résulte de l'article 249 C. civ. modifié par la loi de 1886. « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement. »

La rédaction primitive de cet article adoptée par le Sénat dans sa première délibération était différente : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que par l'expiration intégrale des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties (1). » — Dans l'intervalle des deux délibérations du Sénat, la Commission, pour donner satisfaction à certaines critiques, a substitué la rédaction nouvelle, qui fut acceptée par le Sénat le 22 décembre 1885. (*J. Off.* du 23 déc. : Débats parlementaires, p. 1358.)

Toutefois, le rapporteur déclare que la modification effectuée ne changeait en rien le sens de l'article.

Avant la loi de 1886, en l'absence de texte, la question était généralement résolue dans le sens opposé. On reconnaissait bien qu'il aurait été logique de soustraire à l'application du droit commun l'acquiescement aux jugements et arrêts de divorce, la matière touchant à l'ordre public et ne comptant

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 56, note 31.

pas de transaction. Mais la loi était muette. Du reste, disait-on, puisque l'époux condamné peut en n'exerçant aucun recours, laisser acquiescer à la décision qui prononce le divorce, l'autorité de la chose jugée, pourquoi une manifestation expresse de volonté n'aurait-elle pas l'effet de cette manifestation tacite ? L'acquiescement ne donne pas au divorce le caractère de divorce volontaire puisqu'il existe une décision préexistante (1). (V. en matière de séparation de corps, Nancy, 22 juillet 1876. S. 78. 2. 103.)

L'opinion contraire avait cependant trouvé des partisans. On soutenait que l'acquiescement, supposant une convention entre époux, était prohibé par les textes qui visaient le divorce par consentement mutuel. (Cass. 18 août 1807 et arrêts cités en note de Nancy précité.) Mais, répétons-le, en l'absence d'un texte comme l'article 249, l'argumentation manquait de base ; l'application du droit commun de la procédure s'imposait.

Maintenant toute controverse est éteinte quant à l'acquiescement exprès. Il n'en est pas de même pour l'*acquiescement tacite*.

On se demande si l'époux condamné ne pourrait par des actes d'exécution donnés à l'arrêt ou au jugement, pendant qu'ils sont encore susceptibles de recours, s'interdire l'usage de l'appel ou du pourvoi ?

A coup sûr, l'article 249 permet à l'époux con-

(1) Goirand, p. 99. — Vraye et Gode, 1^{re} édit., p. 693. — Laurent, t. III, n^o 248.

damné de ne pas se servir des voies de recours légales contre le jugement ou l'arrêt qui l'atteint, il est libre de lui laisser acquérir l'autorité de la chose jugée.

La difficulté ne porte que sur les actes d'exécution volontaire « positifs ».

Un premier système regarde comme inopérant l'acquiescement tacite aussi bien que l'acquiescement exprès. L'article 249 visant l'acquiescement en général, s'applique à ses deux espèces, il ne fait aucune restriction. On se convainc facilement, du reste, de la pensée du législateur en consultant les travaux préparatoires.

La première rédaction de l'article 249 que nous avons précédemment reproduite, prohibait évidemment l'acquiescement tacite en disposant que la décision prononçant le divorce ne deviendrait définitive que par l'expiration intégrale des délais légaux. Aucune voix ne s'est élevée au Sénat pour critiquer le principe établi. La rédaction a été modifiée, c'est vrai, mais M. Labiche, rapporteur de la Commission, nous a catégoriquement indiqué que le changement était de pure forme.

A ces deux considérations s'en ajoute une autre plus convaincante encore. Admettre l'acquiescement tacite, c'est rendre l'efficacité de la disposition de l'article 249 purement illusoire. Il serait trop facile de tourner la loi, l'acte d'exécution le plus insignifiant du défendeur mettrait les époux en règle avec la loi. L'acquiescement ne serait prohibé qu'en théorie. (Voir en ce sens : Caen, 19 février 1889. S. 90. 2. 217, et Nancy, 24 avril 1896. *Gaz. Trib.*, 2 octobre 1896.)

Ces arrêts indiquent que la signification d'un jugement de divorce émanant de l'un ou l'autre époux ne rend pas son auteur irrecevable à interjeter appel.

Un second système a trouvé des partisans. Nous le trouvons consacré notamment dans un arrêt de Chambéry (1). L'acquiescement tacite ne serait pas visé par l'article 249 ; il serait permis suivant le droit commun. L'arrêt que nous citons est du reste des plus clairs : dans l'espèce, il s'agissait d'un appel de jugement de divorce interjeté par un mari, alors qu'antérieurement à cet appel il avait comparu volontairement devant le notaire commis pour la liquidation de la communauté et déclaré n'avoir aucune réclamation à élever. La Cour de Chambéry le déclare irrecevable « Attendu que l'appelant ne » saurait être admis à soutenir que sa comparution » et la déclaration qui l'a suivie, équivaldraient à » un acquiescement du jugement prononçant le » divorce, et qu'en une pareille matière qui intéresse » l'ordre public et les mœurs, un acquiescement » serait sans valeur ;

» Que les prescriptions de la loi n'autorisent pas » l'admission de cette doctrine ; que si elle interdit » le divorce par consentement mutuel et interdit » tout acquiescement à une demande en divorce, il » n'en est plus ainsi lorsque cette demande, régulière » ment et contradictoirement débattue, a été suivie » d'un jugement également contradictoire prononçant le divorce ; que dans ce cas, et alors que la

(1) 19 juillet 1887. — D. 88. 2. 89.

» justice a prononcé sur l'action intentée, aucune
» disposition du Code n'impose l'appel à la partie
» qui a succombé dans l'instance; que pouvant
» s'abstenir de former cet appel, elle a la faculté
» d'exécuter de suite le jugement du Tribunal, et
» que cette exécution lui fermant la voie de l'appel
» est l'application du droit commun auquel, en ce
» point, la loi en matière de divorce n'apporte
» aucune exception. »

La simple lecture de ces considérants montre la fragilité de la base du système adopté par la Cour. Assurément la loi n'impose pas l'appel, mais s'en suit-il nécessairement qu'on puisse dès le début du délai de deux mois, aliéner sa liberté en s'interdisant pour l'avenir l'usage de cette voie de recours?

La loi ne rend pas l'appel obligatoire, mais elle rend obligatoire pendant deux mois la réflexion de l'époux condamné.

Il n'y a pas ici de dérogation au droit commun ! Comment appelle-t-on dans la pratique et la doctrine, l'exécution volontaire d'un jugement qui vous condamne sinon : « acquiescement » ? Or l'article 249 prohibe l'acquiescement.

L'adoption du premier système que nous avons exposé est donc commandée.

La Cour de cassation en a fait une intéressante application le 23 octobre 1889. (*Gaz. Palais*, 89. 2. 570, et *Sirey*, 90. 1. 64.)

Elle a décidé que l'article 434 C. proc. civ. qui prescrit au Tribunal de donner défaut congé sans examen de l'affaire, lorsque le demandeur ne se

présente pas, ne reçoit pas d'application dans le cas où un époux appelant d'un jugement prononçant le divorce à ses torts ne comparait pas devant la Cour pour soutenir son appel.

Le conseiller rapporteur de la Cour de cassation, M. Féraud-Giraud, a clairement exposé les raisons de déroger au droit commun. Il a fait remarquer que l'article 434 ne pouvait être appliqué dans les matières touchant à l'ordre public, et que d'autre part le divorce était mis dans notre législation au-dessus des conventions privées; toutes transactions s'y rattachant devaient donc être de nul effet, comme l'était le divorce par consentement mutuel (1).

On a considéré encore en jurisprudence qu'il fallait tirer une autre conséquence de l'interdiction d'acquiescer.

D'après certains arrêts approuvés de quelques auteurs, la partie qui aurait exercé un recours contre une décision prononçant le divorce, n'aurait pas le droit de se désister (2).

Le désistement, dit-on, est un acquiescement exprès quoique indirect, une confirmation donnée par l'époux condamné à la décision qui prononce le divorce. Par conséquent, il tombe sous le coup de l'article 249; la Cour saisie de la connaissance du litige n'a pas à en faire état ni à en donner acte :

(1) Voir rapp. Féraud-Giraud, 23 octobre 1889 (S. 90. 1. 64).

(2) Nancy : 17 janvier 1891 (S. 91. 2. 112). — Paris : 4 juin 1892. *Le Droit*, 4 août 1892. — Paris : 27 novembre 1891 (*Gaz. Trib.*, 15 décembre 1891). — Curet, *Code de Divorce*, n° 238.

ses pouvoirs pour l'examen de l'affaire restent les mêmes (1).

Un parti important dans la doctrine admet au contraire le désistement de l'appel ou du pourvoi. On ne peut contraindre l'époux condamné à attaquer la décision prononçant le divorce, pourquoi ne serait-il pas libre de renoncer à une attaque imprudente, de s'arrêter à mi-chemin, quand rien d'irréparable ne s'est produit, quand on n'a pas statué sur son recours ?

On fait remarquer que le désistement n'entraîne pas le renoncement à l'action, mais à l'instance seulement. L'époux qui se désiste remet les choses en l'état, il pourra postérieurement intenter un nouveau recours, s'il est encore dans les délais.

Le désistement est toujours valable ; il n'est même pas indispensable qu'il soit accepté par la partie adverse (2).

D'après une troisième opinion, pour admettre ou rejeter le désistement, il faudrait distinguer le cas où il interviendrait dans les délais établis pour les recours, de celui où il se produirait, les délais expirés.

Dans la première hypothèse, l'époux condamné ne perd pas ses droits ; dans la deuxième, le désis-

(1) Ce n'est pas seulement en matière de divorce que la jurisprudence tend à assimiler le désistement et l'acquiescement.

Le rapprochement a été fait sur des questions toutes différentes, notamment sur une question relative aux pouvoirs du tuteur. (Cass. 10 janvier 1894. P. 97. 1. 309.)

(2) Carpentier, op. cit., n° 141. — Vraye et Gode, op. cit., I, n° 350. — Aubry et Rau, op. cit., V, n° 493. — Nancy : 24 avril 1896 (*Gaz. Trib.* 2 oct. 1896). — Rouen : 30 janvier 1897 (S. 97. 2. 239).

tement consolide d'une façon définitive la prononciation du divorce.

Le désistement n'est plus alors un acte intéressant uniquement la procédure, il touche au fond même du droit, il a le même effet qu'une transaction, qu'un acquiescement. Comme eux il doit être prohibé.

Cette distinction nous paraît rationnelle; quoiqu'elle ne soit pas écrite dans la loi, elle s'impose. Appliquer la prohibition dans tous les cas, c'est méconnaître la différence qui existe entre la renonciation à un droit et la renonciation à une instance engagée pour le faire valoir.

D'autre part, permettre le désistement à quelque époque qu'il intervienne, ce serait faire dépendre l'existence du divorce d'un acte positif de volonté d'un époux, contrairement à l'esprit de l'article 249 C. civ.

Telles sont les brèves explications qu'il était utile de donner pour déterminer les circonstances dans lesquelles une décision prononçant le divorce devient définitive.

DEUXIÈME CONDITION. — Passons à une seconde condition exigée pour la validité de la transcription : *la signification*.

Sous ce terme général nous comprenons diverses formalités qui, postérieures à la décision prononçant le divorce, précèdent l'acte rédigé par l'officier de l'état civil.

Ce sont : 1° la signification proprement dite du jugement ou arrêt au défendeur et à son avoué

(c'est le droit commun); — 2° la signification du jugement ou arrêt à l'officier public (celle-ci contient réquisition de transcrire); — 3° la remise à ce dernier de certaines pièces.

Si le divorce a été prononcé par *jugement*, on fournira les pièces énumérées par l'article 548 du Code de proc. civ. : 1° un certificat de l'avoué de la partie poursuivante indiquant la date de la signification de ce jugement à l'autre partie; 2° l'attestation du greffier du tribunal qu'il n'existe ni opposition ni appel.

S'il y a eu *arrêt*, le greffier de la Cour de cassation délivrera un certificat constatant l'absence de pourvoi. Même pièce à présenter dans le cas de rejet de pourvoi ou dans le cas de désistement, si on l'admet.

Lorsque le jugement ou l'arrêt ont été rendus par défaut, l'avoué, dans son certificat constatant la signification à partie, indiquera si l'exploit a été remis à personne; s'il ne l'a pas été, il précisera la date du dernier acte de publicité prescrit par l'article 247 du Code civil (1).

TROISIÈME CONDITION. — Une troisième condition s'ajoute aux précédentes : il faut, pour que la transcription puisse s'opérer valablement, que les deux époux soient vivants au moment d'y procéder. L'article 244 *in fine* nous apprend que « l'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des

(1) Il nous semble qu'on pourrait à la rigueur, dans le cas de rejet d'un pourvoi en cassation, remplacer l'attestation du greffier de cette Cour par une expédition de l'arrêt.

époux, survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

Le législateur n'admet le divorce qu'à regret comme un remède qu'on n'emploie qu'à la dernière extrémité, aussi lui préfère-t-il la dissolution naturelle du mariage par la mort, bien que la procédure touche à sa fin.

QUATRIÈME CONDITION. — Dans le même article 244 C. civ. le législateur nous parle de la réconciliation des époux; mais il ne nous dit pas, comme pour le décès d'un époux, qu'elle fera tomber l'action en divorce même lorsqu'elle sera postérieure à la prononciation. Néanmoins nous pensons qu'elle serait un obstacle à la transcription. Si les textes ne le disent pas expressément, la solution s'impose d'elle-même. L'époux au profit de qui le divorce a été prononcé renonce à ses droits en consentant à la réconciliation, il ne saurait donc plus s'en prévaloir postérieurement, pour requérir et obtenir la transcription.

Il est bien évident d'ailleurs que si les parties entre lesquelles l'accord se rétablit après le jugement, demeurent toujours dans les mêmes idées d'apaisement, la transcription sera impossible puisqu'aucune réquisition ne sera adressée à l'officier de l'état civil. Mais nous soutenons, allant plus loin, qu'un des époux ne pourrait déchirer le traité de paix signé par lui en requérant la transcription du jugement obtenu, alors qu'il serait dans le délai légal. L'autre époux aurait le droit de s'y opposer

et de saisir la justice pour prouver l'existence de la réconciliation reniée !

Du reste, l'article 244, al. 1, dit que la réconciliation éteint « *l'action en divorce* » ; or il résulte de l'art. 244, al. 3, que tant que la transcription n'est pas effectuée, il n'y a encore qu'une « *action en divorce* ».

Donc, quatrième condition : pour qu'il y ait transcription, il faut qu'aucune réconciliation ne soit intervenue auparavant.

Après avoir brièvement esquissé les quatre principales conditions requises pour la transcription des jugements ou arrêts de divorce, il y a lieu de nous demander s'il n'en existe pas une autre.

Quelques auteurs (1) ont soutenu que la transcription ne saurait avoir lieu si la décision prononçant le divorce n'avait reçu la publicité prescrite par l'art. 250 du Code civil. Ces formalités consistent, on le sait, d'abord dans l'affichage d'un extrait du jugement ou arrêt, tant à la chambre des notaires et à celle des avoués, que dans l'auditoire du Tribunal civil et du Tribunal de commerce, et ensuite dans des insertions légales dans des journaux.

« Bien que la loi ne fixe en aucune façon, dit » M. Carpentier, le délai dans lequel doivent être » remplies les mesures de publicité prescrites par » l'art. 250 et qu'aucun texte ne réprime le fait de » l'officier de l'état civil qui aurait transcrit un

(1) Depeiges, p. 83, et Carpentier, op. cit., t. II, n° 147.

» divorce sans s'assurer de leur observation, nous
» serions assez porté à placer la sanction de cette
» disposition dans la faculté reconnue à ce fonctionnaire de surseoir à la transcription du jugement jusqu'à ce qu'il lui ait été justifié qu'elles
» ont été remplies.

» Il est inadmissible en effet qu'une prescription
» légale analogue à celle qui nous occupe soit
» dépourvue de sanction. D'autre part, les nullités
» ne se suppléent pas, particulièrement lorsqu'elles intéressent l'état des personnes. Enfin, si
» le divorce pouvait être transcrit *de plano*, on ne
» sait pas pourquoi on protégerait les tiers contre
» une ignorance qu'ils devraient commencer par
» s'imputer, puisque les registres de l'état civil sont
» publics et qu'il suffit de les consulter pour connaître l'état civil des personnes avec qui l'on
» contracte. »

Le système que défend M. Carpentier nous paraît plus acceptable que bien d'autres qui ont été soutenus. On a voulu considérer comme nuls les jugements ou arrêts non affichés ou publiés par la voie de la presse, mais on oublie qu'en matière de divorce comme en matière de mariage, les nullités ne peuvent être que de droit étroit.

Admettra-t-on avec certains auteurs que les tiers lésés par un acte accompli avec un des époux divorcés pourront se soustraire à ses conséquences, en invoquant le défaut de publicité ?

On s'appuie sur une jurisprudence établie en matière de séparation de corps qui permet aux tiers de se prévaloir du défaut de mention au tableau

dont parle l'article 880 C. proc. civ. (1). Mais dans le cas de séparation de corps, les tiers n'ont pas d'autre moyen de renseignement, tandis qu'en matière de divorce, ils en ont un autre plus pratique : la consultation des registres de l'état civil où sont portées les transcriptions. Etant eux-mêmes en faute lorsqu'ils ne les ont pas consultés, ils ne sauraient critiquer la faute des époux.

§ 2. — *Délais requis pour la Transcription.*

Tant que la transcription d'un jugement de divorce n'est pas opérée, le mariage subsiste, car elle est une condition *sine qua non* de la rupture du lien conjugal. — Pendant l'intervalle qui sépare le jugement de sa transcription, les époux sont donc dans une situation assez anormale au point de vue juridique; aujourd'hui le mariage dure encore, demain les époux seront peut-être deux étrangers l'un pour l'autre. C'est une sorte de mariage sous condition résolutoire potestative.

Le législateur a considéré que l'ordre public et l'intérêt des tiers en rapport d'affaires avec les époux exigent qu'on sorte au plus vite de cette incertitude. Aussi a-t-il fixé un délai assez court : 1° aux époux pour requérir la transcription ; 2° à l'officier public pour l'opérer.

« La transcription est requise à la diligence de la

(1) Cass., 14 mars 1837 (S. 37. 1. 318).

» partie qui a obtenu le divorce, dit l'article 252; à
» cet effet, la décision est signifiée dans un délai
» de deux mois à partir du jour où elle est devenue
» définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour
» être transcrite sur les registres..... Cette trans-
» cription est faite par les soins de l'officier d'état
» civil le cinquième jour de la réquisition, non
» compris les jours fériés sous les peines édictées
» par l'article 50 du Code civil. A défaut par la
» partie qui a obtenu le divorce, de faire la signifi-
» cation dans le premier mois, l'autre partie a le
» droit concurremment avec elle de faire cette signi-
» fication dans le mois suivant. »

Un mot d'abord sur les délais accordés aux époux pour requérir la transcription (un mois pour le défendeur, deux pour le demandeur ayant triomphé dans l'action). Nous verrons ensuite s'il n'y a pas dans certains cas quelques difficultés à déterminer laquelle des deux parties est demanderesse ou défenderesse.

Le délai commence à courir, nous le savons, du jour où la décision prononçant le divorce est définitive. Mais quand ce délai expire-t-il? Nous dirons tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'un délai de deux fois trente jours, mais de deux mois calculés de quantième à quantième, d'après le calendrier Grégorien. C'est ainsi que la réquisition d'une décision devenue définitive le 5 janvier doit être faite avant le 5 mars : cela n'est pas discuté. Mais on n'est plus d'accord quand il s'agit de savoir si le délai de l'article 252 est franc. Certains auteurs l'admettent, ne comptant ni le *dies a quo* ni le *dies*

ad quem; dans le silence de la loi, la solution la plus libérale leur paraît commandée, étant donnée la rigueur de la déchéance inscrite dans l'article 252.

En général, on repousse cette interprétation.

« Si, en disant que les deux mois commencent à courir à partir du jour où la décision admettant le divorce est devenue définitive, dit M. Coulon, le législateur indique nettement que le dernier jour du délai d'appel, d'opposition ou de pourvoi (ou *dies a quo*) ne sera pas compté dans les deux mois, il n'en est pas moins vrai qu'il dit aussi dans l'article 252, § 4, que « à défaut de transcription *dans le délai* » de deux mois, le divorce est considéré comme » nul; l'époux qui aura obtenu le jugement de » divorce aura *un délai* de deux mois pour signifier »; d'où il suit que le dernier jour pour se présenter (ou *dies ad quem*) est le dernier jour du deuxième mois, car après ce jour-là, les deux mois sont expirés (1). »

« D'autre part, ajoute cet auteur, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1033 Code procéd. civ. qui proclame la franchise de certains délais de procédure, il ne vise, en effet, que les délais pour ajournements, sommations et « autres actes faits à personne ou à » domicile. »

La réquisition de transcription adressée à un officier public et non pas à un particulier, ne peut rentrer dans cette catégorie d'actes. D'autre part, le

(1) Coulon, t. IV, p. 457. (A comp. Vraye et Gode, n° 364.) — Carpentier, t. II, p. 177.

dernier paragraphe de l'article modifié par la loi du 13 avril 1895 prévoit des délais de procédure non francs.

Les jours fériés seront évidemment comptés dans le délai de deux mois pour la transcription, c'est le droit commun et nous ne trouvons pas ici de dérogation dans un texte spécial.

Une fois la réquisition adressée par un des époux à l'officier de l'état civil, celui-ci doit transcrire « le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, dit le § 2 de l'article 252. » La prescription semble claire, cependant des controverses se sont élevées. On a soutenu que l'officier d'état civil pouvait opérer la transcription, non seulement le cinquième jour, mais les jours précédents, le deuxième ou le troisième par exemple (1).

Le législateur aurait voulu dire que la transcription aura lieu le cinquième jour *au plus tard*. — Il serait fort gênant pour l'officier public et sans utilité aucune de prohiber la transcription pendant les jours précédents. — Du reste, le projet de loi soumis en 1886 au Sénat, donnait pour transcrire « un délai » de huitaine. On jugea sans doute qu'il était trop long et on le réduisit postérieurement à cinq jours. La modification étant peu grave, on s'explique que personne ne l'ait justifiée ni critiquée; il n'en eût pas été de même si l'on eût substitué une *date fixe* à un *délai* proprement dit.

Nous pensons, avec MM. Carpentier et Coulon, que la modification du projet a été plutôt effectuée

(1) Vraye et Godé, n° 370.

pour répondre aux critiques de certains sénateurs ; M. Labiche, rapporteur, et d'autres regrettaient de voir la dissolution du mariage dépendre du zèle plus ou moins grand de l'officier public et de son greffier. On a voulu substituer au délai un jour fixe dans l'intérêt des tiers.

Du reste, le texte ne contient pas d'ambiguïté ; pour lui donner un autre sens, il faut des changements ou des additions que rien n'autorise.

Pour déterminer le jour où la transcription doit s'effectuer, on peut avoir un moment d'hésitation lorsque l'officier d'état civil, dans le cours du deuxième mois suivant le jugement de divorce, a reçu deux réquisitions subséquentes émanant, l'une du demandeur, l'autre du défendeur.

Selon l'opinion générale, on ne tiendrait pas compte de la seconde ; la première seule servira de point de départ des cinq jours.

Autre observation : étant donné que le point de départ du délai concédé à l'officier de l'état civil est la réquisition d'un des époux, il est utile d'indiquer d'une façon précise quand il y aura réquisition.

La réquisition ne se confond pas avec la signification à l'officier de l'état civil du jugement, bien que dans la pratique elle soit ordinairement contenue dans le même exploit. Y eût-il dépôt d'une expédition du jugement à la mairie et même remise des certificats visés dans l'article 548 Code pr. civ., il n'y a pas, à proprement parler, réquisition, tant que l'époux agissant n'a pas formellement invité l'officier public à opérer la transcription.

Remarquons enfin que nulle part il n'est question

d'un délai concédé à l'officier de l'état civil pour opérer la *mention* du divorce en marge de l'acte de mariage.

Faut-il en conclure qu'il pourra l'effectuer lorsqu'il voudra, sous la seule condition de ne pas délivrer d'extraits de l'acte de mariage qui ne la contiendraient pas?

Cette manière de voir est insoutenable. Cependant il nous paraît plus rationnel de décider que la mention sera faite en même temps que la transcription.

Indépendamment de ses avantages pratiques, cette façon de procéder nous paraît exigée implicitement par la loi. Sous le nom de transcription *lato sensu*, elle comprend, croyons-nous, la transcription proprement dite et la mention.

L'article 252 ne nous dit-il pas : « La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce... » Evidemment ici il entend parler également de la mention.

Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsqu'il ajoute : « Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil le cinquième jour de la réquisition » ?

Dans les deux cas, la loi, *brevitatis causa*, confond les deux formalités.

§ 3. — *Des personnes pouvant requérir la transcription.*

De même qu'elle ne permet pas la transcription à toute époque, la loi n'autorise pas le premier venu à la requérir.

Recherchons donc quelles personnes peuvent avoir ce droit.

Ce sont d'abord les époux ; nous l'avons vu. Aussi bien l'époux condamné que celui qui a obtenu le divorce : ceci est une innovation de la loi du 18 avril 1886.

Antérieurement, l'époux qui triomphait dans sa demande était maître de renoncer au divorce ou de le faire prononcer par l'officier d'état civil ; son conjoint ne pouvait pas refuser le pardon qui lui était offert.

L'innovation proposée en 1886 par le gouvernement ne passa pas sans objection. Elle fut vivement combattue au Sénat par M. Pâris qui la considérait comme immorale au premier chef. MM. Léon Renault (1) et Griffé lui retournèrent l'argument d'immoralité ; ils firent remarquer en outre que, d'après le droit commun, le jugement obtenu par le demandeur n'est pas sa propriété exclusive, son adversaire peut l'invoquer contre lui au besoin.

Bref, la réforme fut votée ; on maintint cependant une certaine inégalité entre les deux conjoints. La priorité dans la réquisition de transcription est

(1) « Vouloir enlever à l'époux défendeur le droit de faire, lui aussi, produire au jugement ses effets légaux, ce serait monstrueux, s'écrie M. Renault ! Vouloir le maintenir époux perdu, déconsidéré, flétri au regard de ses enfants, sous la main, sous l'autorité, sous le toit de cet époux vainqueur qui vivra auprès de lui, son jugement ou son arrêt à la main, ce serait oublier, méconnaître l'ensemble des droits et des devoirs sur lesquels repose la société conjugale de notre pays... Il n'y aurait là que honte, humiliation, abjection dans les rapports des deux époux, dans leurs relations avec leurs enfants, avec leur famille, avec le monde. Tout y deviendrait bas, honteux et dégradant. » Sénat, *J. Off.* du 13 décembre 1885, p. 1301.

réservée au demandeur qui a deux mois pour agir, tandis que le défendeur ne peut agir que dans le deuxième mois qui suit le moment où la décision est définitive.

Si le divorce est prononcé au profit des deux époux, la distinction n'a plus de raison d'être ; leurs droits sont égaux (1).

Une difficulté peut naître dans le cas de conversion de séparation de corps en divorce, lorsque l'époux qui demande et obtient la conversion est celui aux torts duquel la séparation avait été prononcée. Cet époux bénéficiera-t-il du délai de deux mois pour faire la réquisition de transcription, ou sera-ce son conjoint ? Lequel des deux sera considéré comme ayant obtenu le divorce ?

La Cour de Nancy, dans un arrêt du 14 janvier 1888 (S. 88, 2, 53), a tranché la question en faveur de l'époux qui a triomphé dans l'instance en séparation de corps. L'autre ne pourra faire transcrire que dans le deuxième mois à partir du jour où le jugement de conversion est devenu définitif. Cet arrêt, qui d'ailleurs tranche la question sans la discuter, est conforme à la jurisprudence d'après laquelle, tant au point de vue de la charge des dépens qu'à celui du maintien de la pension alimentaire, l'époux qui a obtenu la séparation de corps ne peut être considéré comme succombant dans l'instance en conversion (2).

(1) Carpentier, t. II, n° 154.

(2) Voir Tribunal de Reims, 5 mars 1885, sous Paris, 21 janvier 1886 (S. 86. 2. 129) et Caen, 3 février 1885, sous cassation, 12 août 1885 (S. 86. 1. 193), enfin Douai, 29 juin 1885 (S. 1886. 2. 177).

Elle nous paraît, malgré cela, difficile à approuver. Ce n'est pas uniquement pour infliger une sorte de châtiment ou de flétrissure à l'époux contre qui le divorce est prononcé que la loi lui refuse le droit de requérir la transcription pendant le premier mois. Il a paru logique d'accorder un délai plus long à celui des deux qui avait le plus d'intérêt à la transcription, qui semblait désirer le divorce plus vivement, puisque c'était lui qui avait saisi la justice.

Concluons donc que le demandeur en conversion bénéficiera du délai de deux mois ; la transcription n'a aucun lien avec le jugement de séparation de corps ; elle ne sert qu'à vivifier le jugement de conversion. Refuser la priorité à celui-là seul qui tient à le vivifier, c'est l'exposer à perdre le profit de son action par suite du décès de son conjoint ou même du sien survenu pendant le premier mois.

En dehors des époux, ne saurait-on concevoir l'intervention d'autres personnes pour requérir la transcription des jugements ou arrêts de divorce ? Procédons par élimination.

Tout d'abord, il convient de refuser toute qualité aux créanciers et aux héritiers des époux. Les premiers ne peuvent invoquer l'article 1166 C. civ. pour agir en leur lieu et place, puisque la transcription est un acte ayant un caractère personnel comme la demande en divorce elle-même ; celui qui ne peut mettre en mouvement une instance de divorce ne peut évidemment participer à un acte d'exécution qui se rattache intimement à cette instance.

Quant aux héritiers, toute discussion est interdite

en présence de l'article 244 C. civ. : « L'action en divorce, porte cet article, s'éteint par le décès de l'un des deux époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur le registre de l'état civil. »

Quid des mandataires légaux des époux incapables ? Ils pourront, ce nous semble, requérir la transcription dans les conditions où il leur est permis d'intenter l'action en divorce. La transcription, il convient de le répéter, si elle est un acte *extrajudiciaire*, n'en est pas moins le couronnement de la procédure judiciaire, un acte d'exécution.

On objecterait en vain que les incapables doivent avoir le choix entre la ratification du jugement et la renonciation à son bénéfice. Certains modes de réconciliation échappent, dit-on, au contrôle du mandataire légal. Mais on ne saurait voir là qu'un *obstacle de fait* à l'exercice de ses pouvoirs, et non un motif de lui enlever ses droits (1).

Le tuteur de l'interdit légal pourra donc requérir la transcription, avec le consentement de ce dernier.

Le tuteur de l'interdit judiciaire (si on admet qu'il puisse demander le divorce) aura aussi qualité. La personne pourvue d'un conseil judiciaire requerra la transcription avec l'assistance de ce conseil. Même solution pour le mineur émancipé, autorisé de son curateur (si toutefois on refuse au mineur le droit d'agir seul).

(1) Carpentier, t. II, n° 157.

Des mandataires légaux passons aux mandataires conventionnels. Il est certain que les époux ayant le droit de requérir la transcription, peuvent confier à un tiers l'exercice de ce droit. La loi autorise le mandat en cette matière par cela seul qu'elle ne l'interdit pas. Le mariage, il est vrai, ne peut s'effectuer par mandataire, un texte spécial nous l'apprend ; mais nous ne trouvons rien de spécial pour sa dissolution.

Dans la pratique, une difficulté a surgi pour la détermination des pouvoirs d'un mandataire conventionnel d'un genre particulier : l'avoué.

On s'est demandé si le pouvoir général qui lui était donné par son client de suivre une instance de divorce lui permettait de requérir la transcription sans qu'il eût besoin d'une procuration spéciale. Question intéressante, assez grave de conséquences !

La Cour de Nancy l'a résolue le 14 janvier 1888. (S. 88; 2. 53.) « Attendu que la signification du jugement de divorce faite par l'avoué de S... au maire de R... pour arriver à la transcription sur les registres de l'état civil de cette décision judiciaire, a été opérée sans que l'avoué, à la requête duquel elle a été faite, fût porteur d'un mandat spécial l'autorisant à requérir cette signification et la transcription devant en être la suite ; — Attendu que le mandat *ad litem* donné à un avoué pour suivre une instance en divorce ne saurait comprendre implicitement le mandat d'effectuer la signification à l'officier de l'état civil préalable à la transcription du jugement de divorce et de remettre les certificats

exigés par l'art. 548 C. proc.; — Attendu que le mandat *ad litem* est épuisé pour l'avoué par la signification à partie du jugement obtenu; mais que pour remplir auprès de l'officier de l'état civil les formalités édictées par l'art. 252 C. civ., il faut l'intervention même de la partie ou tout au moins d'un mandataire à ce spécialement désigné par la partie, l'article 252 stipulant en termes formels que la transcription est faite à la requête de la partie qui a obtenu le divorce; — Attendu qu'il doit d'autant plus en être ainsi, que la transcription est une formalité substantielle d'une importance extrême, qu'elle est la sanction suprême de l'instance en divorce, la mesure d'exécution qui rend définitive la rupture du lien conjugal et qu'on ne comprendrait pas que la loi qui exige dans diverses procédures d'une importance moins grande, l'intervention de la partie elle-même ou d'un mandataire spécial, eût autorisé l'accomplissement de cette formalité décisive sans la sauvegarde de cette intervention... »

Ces considérants établissent d'une façon irréfutable, selon nous, la règle à suivre. Les motifs que donne la Cour sont multiples; un seul suffit, c'est qu'il convient de creuser la nature du mandat *ad litem*. L'avoué a de par la loi une compétence générale et exclusive pour tous les actes de procédure judiciaire. Mais dès que la signification du jugement ou de l'arrêt a terminé l'instance, son rôle d'intermédiaire obligatoire entre le plaideur et la justice est terminé; il n'est plus alors qu'un simple particulier et, comme tel, il a besoin d'un

pouvoir spécial pour faire tout acte extrajudiciaire.

Ajoutons que la loi, considérant quelque peu la transcription comme une dernière épreuve imposée aux époux pour les faire réfléchir, les arrêter peut-être en ce moment suprême, il est naturel d'exiger que la décision vienne d'eux-mêmes, que leur attention soit éveillée au moment où va se former l'acte de rupture définitive.

La question des pouvoirs de l'avoué élucidée, une autre se pose en ce qui touche l'huissier. C'est à ce dernier en effet, qu'il appartient de signifier la décision prononçant le divorce à l'officier de l'état civil; le même exploit contient signification et réquisition de transcription.

Il n'a jamais été d'usage d'exiger de l'huissier la représentation d'une procuration spéciale émanant de l'époux au nom duquel il agit. On a pourtant soutenu que cette représentation était indispensable; le cas particulier où cette thèse fut développée eut un certain retentissement dans le monde judiciaire.

Cette opinion fut successivement soutenue devant le Tribunal et la Cour de Besançon et devant la Cour de cassation; les trois juridictions la condamnèrent (1).

Le demandeur, un sieur Colisson, voulait faire déclarer nulle la transcription d'un arrêt prononçant le divorce à ses torts, se fondant sur ce que

(1) Tribunal de Besançon : 31 juillet 1894 (S. 96. 1. 19). — Cour de Besançon : 5 décembre 1894 (S. 96. 1. 19). — Cass. : 15 mai 1895 (S. 96. 1. 20, avec la note de M. Tissier).

sa femme n'avait pas requis *personnellement* la transcription et que l'huissier qu'elle avait chargé de requérir cette transcription, n'avait pas été muni préalablement d'une procuration spéciale et authentique.

De nombreuses consultations de savants jurisconsultes furent versées aux débats à l'appui de ce système. On soutint que c'est à l'époux « en personne » à requérir l'officier de l'état civil ; tel est le vœu de la loi qu'attesteraient les travaux préparatoires. S'il ne juge pas à propos de faire « personnellement » cette démarche et s'il désire en charger un tiers, il doit lui remettre une procuration spéciale et authentique. Le législateur, disait-on, pénétré de l'importance de la transcription, a voulu une manifestation formelle de l'époux qui la requiert. Pour des actes moins graves, la saisie immobilière, par exemple, il exige un pouvoir spécial et authentique, en serait-il autrement pour la transcription du divorce, où ce ne sont pas seulement des intérêts pécuniaires mais des intérêts moraux de premier ordre qui sont en jeu ?

On se prévalait en second lieu de la jurisprudence établie par l'arrêt de la Cour de Nancy du 14 janvier 1888, réservant à la partie seule ou à son fondé de pouvoir spécial le droit de requérir la transcription, et d'une circulaire du garde des sceaux, d'octobre 1888, disant « que les officiers de l'état civil agissent prudemment en exigeant la production d'un pouvoir spécial (1). »

(1) *Bull. off. du Ministère de la Justice*, p. 207-208.

Enfin on invoquait l'article 36 du Code civil figurant dans les « Dispositions générales » du titre *Des actes de l'état civil*, et ainsi conçu : « Dans le cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique. » L'article 252 Code civ. qui régleme la transcription ne dérogeant pas à ce texte, l'article 36 doit donc s'appliquer à notre hypothèse.

A ces critiques la réponse nous paraît facile. Qu'a-t-on prouvé lorsqu'on proclame que la transcription est un acte de la plus haute importance ? Personne ne le nie ; mais s'en suit-il qu'on doive exiger, sous prétexte qu'elles sont très utiles, des conditions dont la loi ne parle nulle part ?

Exiger de l'huissier qui requiert la transcription un pouvoir spécial et authentique, n'est-ce pas demander indirectement la comparution personnelle de la partie devant l'officier public ?

Or, cette comparution prescrite jadis par le Code civil n'a-t-elle pas été attaquée dans la discussion de la loi du 18 avril 1886 ? On a suffisamment établi qu'elle n'avait jamais amené de réconciliation entre les époux, que sa nécessité n'était pas un obstacle sérieux pour celui qui voulait le divorce.

M. Allou, président de la Commission du Sénat, n'a-t-il pas dit qu'il fallait, par sa suppression, « faciliter le divorce » ? — Serait-ce le faciliter que d'imposer la confection et les frais d'une procuration notariée ?

M. Labiche, rapporteur, et le même M. Allou,

n'ont-ils pas déclaré que le projet du gouvernement tendait à assimiler la transcription des jugements de divorce et celle des jugements qui prononcent les nullités de mariage ?

L'article 252 nous apprend que la transcription est faite *à la diligence* des époux. On connaît le sens de cette expression dans le langage de la pratique; elle signifie « avec l'autorisation; suivant les instructions »; elle ne peut se rapporter qu'à une personne n'agissant pas elle-même, mais surveillant et commandant l'action.

Les travaux préparatoires, du reste, sont à tort invoqués par les partisans du premier système. M. Labiche, dans son rapport au Sénat, dit bien que « aux époux seuls peut être laissé le soin de requérir la transcription; » mais il s'explique en déclarant que l'officier ministériel ni le parquet ne doivent la requérir d'office. Il ne songeait pas à la question qui fut plus tard portée devant la Cour de cassation !

On se prévaut de l'arrêt de la Cour de Nancy du 14 janvier 1888. Pas plus que les travaux préparatoires il ne s'occupe du point litigieux. Cet arrêt proclame l'insuffisance du mandat *ad litem* pour autoriser l'avoué à faire transcrire le jugement de divorce, la nécessité pour lui de se munir d'un pouvoir spécial. Mais qu'on se le rappelle, l'huissier n'est pas, comme l'avoué, un mandataire, mais le simple porte-parole de son client. C'est la partie elle-même qui requiert la transcription par l'intermédiaire de son huissier. L'exploit ne porte-t-il pas en toutes

lettres : « A la requête de M....., j'ai, N., huissier, soussigné..... (1)? »

Du reste, comme le dit fort bien M. Tissier dans une note sous l'arrêt de cassation du 15 mai 1895 (S. 96. 1. 17), on n'aperçoit pas ici les raisons de l'exigence d'un pouvoir spécial et authentique. « Lorsque l'huissier agit à la requête de l'époux qui demande la transcription, dit M. Tissier, il y'a certitude légale sauf désaveu, que telle est l'intention de l'époux ; il est difficile d'imaginer qu'un huissier ira signifier un jugement ou un arrêt de divorce, alors que l'intention de son client se serait modifiée ou qu'une réconciliation serait en voie d'aboutir. Et à cet égard le Code de procédure fournit un texte des plus précis : « La remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaudra pouvoir pour toutes » exécutions autres que la saisie immobilière et » l'emprisonnement pour lesquels il sera besoin » d'un pouvoir spécial (art. 556, C. proc.) »

» Mais, dit-on, il ne s'agit pas ici de l'exécution du jugement. — C'est là encore une erreur certaine à notre avis.

» La transcription du jugement a remplacé la prononciation du divorce par l'officier d'état civil en présence des deux époux ; cette prononciation était faite en exécution du jugement ; le jugement renvoyait les parties devant l'officier d'état civil pour qu'il y fût procédé. Aujourd'hui encore ce n'est pas le jugement qui opère le divorce, c'est la transcription ; celle-ci est encore la mise à exécution du

(1) Voir Douai, 9 août 1892 (2^e arrêt) (D. 94. 2. 81).

jugement; le mariage n'est dissous qu'à la suite de la transcription (1), et celle-ci n'est opérée qu'à la suite du jugement signifié à l'officier d'état civil; elle en est bien l'exécution. »

Venons maintenant à l'argument capital du système présenté dans l'affaire Colisson à la Cour de cassation. A première vue, il est très séduisant. On réclamait l'application de l'article 36 du Code civil. — Dans l'espèce visée, M. le conseiller Denis, rapporteur, a conclu nettement qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer cet article. Tout en reconnaissant que la transcription modifiant l'état des personnes mariées est un acte de l'état civil, il soutenait que cette formalité n'était pas régie par le titre II, livre I^{er} du Code civil, qui ne vise que les actes de mariage et de décès.

Il cite un passage de l'exposé des motifs, relatif à ce titre II : « Avant d'examiner chacun des chapitres, nous devons prévenir une réflexion qui se présente naturellement. On pourrait croire que la loi est incomplète en ce qu'elle ne parle point du divorce et de l'adoption; mais il aurait été prématuré de déterminer les formes des actes relatifs à ces institutions avant de les avoir soumises au législateur, nous ne traitons ici que des formes; le fond doit être l'objet d'autres lois. Les naissances et les décès sont des faits physiques; le mariage est une institution nécessaire et consacrée; il ne peut y avoir à cet égard ni dissentiment ni aucune espèce de discussion. Il n'en est pas de même de l'adoption

(1) Voir Cass., 18 avril 1893 (S. 94. 1. 5).

et du divorce. On a cru donc plus régulier et plus convenable de renvoyer à chacune de ces matières les formes dans lesquelles les actes qui les concernent seront rédigés (1). »

M. Tissier, dans sa note précitée, invoque le même passage des travaux préparatoires; il fait observer en outre que l'application du titre II, livre I^{er} du Code civil, à la transcription aboutirait à des résultats inacceptables pour tout le monde. « En admettant, dit-il, la thèse du pourvoi, il faudrait appliquer au divorce toutes les dispositions générales du titre *Des actes de l'état civil*; il est cependant évident que l'article 38 relatif à la lecture de l'acte à la partie ou à son mandataire, et l'article 39 concernant la signature par le comparant et les témoins, sont des dispositions bien incompatibles avec les formes de la transcription du divorce à laquelle la partie n'assiste pas et qu'elle n'a pas à signer. La vérité est que l'article 36 ne s'applique pas à tous les actes de l'état civil; il ne veut pas dire que tout acte de l'état civil suppose nécessairement la comparution des parties en personne ou par mandataire, il signifie simplement que, *dans les cas où les parties doivent comparaître*, si elles ne sont pas tenues de comparaître en personne, elles peuvent se faire représenter par un mandataire revêtu d'une procuration spéciale et authentique; il ne faut pas lui faire dire autre chose. »

L'argumentation est nette; comme les auteurs que

(1) Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. III, p. 134, n° 2.

nous venons de citer, nous reconnaissons que l'article 36 ne s'applique pas.

Mais nous estimons qu'on va peut-être trop loin en posant en principe que les « Dispositions générales » du titre II, dans leur ensemble, ne gouvernent pas la transcription.

N'est-elle pas cependant un acte de l'état civil aussi bien qu'un acte de décès par exemple?

Le passage de l'exposé des motifs que signale le rapport de M. le conseiller Denis cherche seulement à expliquer pourquoi le titre II ne traite pas des formes particulières au divorce ou à l'adoption. On ne savait lors du vote de ce titre si le Code civil admettrait ces deux institutions. Mais dès l'instant que le divorce et l'adoption sont reconnus et que l'officier de l'état civil est obligé d'intervenir pour la perfection de ces actes, on ne conçoit pas qu'il puisse agir sans se conformer aux « Dispositions générales » du titre II qui déterminent la nature et le mode d'exercice de ses fonctions.

Ainsi nous pensons que les articles 34, 40 à 45, 49, 51 et 52 entre autres, seront applicables à la transcription des jugements de divorce; nous y ajoutons même le chapitre VI, titre II sur la « Rectification des actes de l'état civil ». En repoussant cette manière de voir, on serait contraint de reconnaître que nombre de points relatifs à la transcription dont les articles 251-252 ne parlent pas, nombre de règles observées dans la pratique, ne sont visés par aucun texte.

Cette remarque faite, nous dirons que si l'art. 36 C. civ., aussi bien que les art. 38 et 39, ne sont pas

applicables ici, c'est parce qu'ils sont faits en vue d'actes de l'état civil qui nécessitent la présence de comparants dont l'officier public est chargé de recueillir les déclarations.

Or, pour la transcription, les particuliers ne fournissent aucun élément pour la rédaction ; il n'y a pas de comparants. C'est un acte d'état civil d'une nature particulière.

Du reste, n'est-ce pas ici le cas d'invoquer la règle *Specialia generalibus derogant* ? L'article 252 traite des formes de la transcription ; au besoin on pourrait dire qu'il efface l'article 36. L'application de ce dernier rendrait d'ailleurs l'article 252 assez difficile à expliquer. Si la comparution personnelle est dans le vœu de la loi, pourquoi dit-il que la transcription est faite à *la diligence des époux* ? Pourquoi, en nous apprenant que la transcription est faite sur la signification du jugement, c'est-à-dire un acte d'huissier, n'ajoute-t-il pas que cette signification ne se fera pas suivant le droit commun ? L'article 252 énumère minutieusement les pièces à produire à l'officier d'état civil et il oublierait d'exiger celle qui est indispensable pour révéler la volonté ferme de l'époux requérant : *la procuration spéciale et authentique de l'huissier* !

Concluons donc avec M. le conseiller Denis, « qu'il y a quelque chose de décisif pour le maintien d'un acte dans l'accomplissement de toutes les formalités auxquelles la loi le soumet taxativement (1). »

(1) Rapport de M. le conseiller Denis. — Sirey, 1896. 1. 17.

Aucun texte n'exige de l'huissier un pouvoir spécial et authentique ; il suffira que l'huissier, suivant le droit commun, soit détenteur de la grosse du jugement ou de l'arrêt. Tous les actes de son ministère accomplis sous cette condition sont valables, sauf désaveu de la personne au nom de laquelle il agit.

Ceci admis, nous n'avons pas à nous poser la question de savoir si la transcription serait nulle pour défaut de production de pouvoir de la part de l'huissier.

CHAPITRE III.

Des effets de la Transcription.

DATE DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

NOTIONS GÉNÉRALES

La transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage des époux a été célébré, est le dernier acte de la procédure de divorce. Tant qu'elle n'a pas été opérée, on ne sait pas encore si le mariage sera dissous. Au regard l'un de l'autre, comme au regard des tiers, le demandeur et le défendeur sont jusqu'à cette époque dans l'état de personnes mariées. Au contraire, lorsque la transcription a eu lieu, il n'y a plus en présence que deux étrangers.

Il semble donc qu'il ne puisse y avoir place pour des controverses au sujet de la date de la dissolution du mariage : la raison paraît nous indiquer qu'elle est celle de la transcription.

Cependant nombreuses ont été les discussions sur ce sujet. On s'est demandé si, la transcription une fois opérée, la dissolution du mariage n'était pas retroactivement reportée à une date antérieure.

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, alors que le divorce était *prononcé* par l'officier d'état civil, la controverse, quoique moins vive qu'aujourd'hui, existait déjà. Aucun texte ne se rapportait à la question; on la résolvait généralement en prenant comme point de départ de tous les effets du divorce le jour de sa prononciation. Zachariæ enseignait au contraire (t. I, n° 7) que le mariage était rétroactivement dissous au jour du jugement. Il prétendait que le jugement prononçait le divorce sous une *condition suspensive*. La cérémonie, dont l'accomplissement était confié à l'officier public, ne comportant aucune appréciation des causes du divorce, n'est qu'un acte d'exécution du jugement soumis à une certaine solennité.

A quoi M. Laurent répondait (t. III, n° 288) : « Cela est contraire aux textes et aux principes. Les articles 264, 290 et 294 disent de la manière la plus formelle que le tribunal renvoie les époux devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce; jusqu'à ce moment, le mariage subsiste. Il ne peut pas être question d'une condition suspensive; car il n'y a pas d'autres conditions que celles qui sont stipulées par les parties ou sous-entendues par la loi. En matière de divorce, les parties ne peuvent rien stipuler puisque le mariage est d'ordre public. Il faudrait donc que la condition fût écrite dans la

loi. Or le législateur s'est bien gardé d'établir une condition ; un état conditionnel, c'est-à-dire incertain, ne se conçoit pas en cette matière ; le mariage ne peut pas plus se dissoudre sous condition qu'il ne peut se contracter sous condition. »

Une autre doctrine faisait rétroagir le divorce au jour de la demande en invoquant le droit commun, d'après lequel la rétroactivité s'opère pour tous les jugements sans distinction. A cette thèse, la réponse était facile. Si les jugements ont, en général, un effet rétroactif, c'est parce qu'ils ne sont que la reconnaissance judiciaire d'un droit préexistant. La simple équité exige que la partie qui a gagné son procès ne souffre pas des lenteurs de la justice.

Mais il n'en est plus de même des jugements constitutifs de droits nouveaux, notamment de ceux qui créent un changement d'état. Or le jugement qui autorise le divorce est de cette nature.

Objecterait-on qu'en matière d'adoption (où il s'agit cependant d'un changement d'état) le jugement rétroagit au jour de l'acte reçu par le juge de paix ? Mais dans l'adoption il y a un contrat véritable, un échange de consentements. Le jugement qui intervient le déclare licite ; c'est une simple homologation.

On ajoutait en faveur de la doctrine généralement suivie que la prononciation du divorce par l'officier public étant une cérémonie calquée sur la célébration du mariage, devait produire en sens inverse les mêmes effets. L'une devait détruire les droits que l'autre avait fait naître.

Les monuments de la jurisprudence sur la ques-

tion avant 1886 sont rares. A signaler toutefois un arrêt de Bruxelles du 26 août 1806 et un autre de la Cour de cassation du 17 juin 1813 (1).

Il s'agissait dans l'espèce soumise à la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, d'une dame G... aux torts de laquelle le divorce avait été admis. Dans l'intervalle de temps qui sépara le jugement de la prononciation, le mari vint à mourir ; la prononciation par l'officier public devenant impossible, la Cour déclara que le divorce n'avait jamais existé.

Après la promulgation de la loi du 18 avril 1886, la question de la date de dissolution du mariage devint plus difficile à résoudre.

La prononciation du divorce est confiée au tribunal et non plus à l'officier d'état civil. (Voir art. 249 et 250.) D'autre part, il existe un texte nouveau touchant de très près la question, c'est l'article 252 *in fine*. « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande. »

Lorsque l'officier d'état civil prononçait le divorce, le bon sens semblait indiquer que la dissolution du mariage s'effectuait seulement à la date du jour de la « prononciation ». Le choix de ce mot par le législateur révèle sa pensée ! Un état nouveau peut-il exister avant la déclaration qui est son acte de naissance ? Prononciation, cela ne veut pas dire : constatation, reconnaissance. De deux autorités, celle qui admet et celle qui prononce, n'est-ce pas

(1) Sirey, 1816. 1. 4.

celle-ci qui, en théorie du moins, aura le rôle le plus important ?

Depuis la loi de 1886, non seulement cet argument ne peut plus servir pour la thèse que nous soutiendrons, mais il se retourne contre ceux qui l'emploieraient puisque la prononciation du divorce est maintenant l'œuvre de la justice.

D'autre part il y a l'article 252 *in fine* qui, nous le répétons, paraît trancher la question d'une façon péremptoire.

Nous allons voir si l'apparence ne nous trompe pas.

§ 1. — *Effets du divorce ayant pour point de départ le jour de la demande.*

La détermination du sens exact de l'article 252 *in fine* est la première tâche qui s'impose.

Trois systèmes sont soutenus.

Tout d'abord, certains auteurs (1) prétendent que l'article 252 *in fine* ne réalise pas une innovation. Il contient une application du droit commun, exprimée il est vrai d'une façon critiquable, qui veut que les jugements retroagissent au jour de la demande,

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, 1885, t. II, p. 263, note 2. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4^e édition, t. IV, p. 400, note 45. — Pour eux, si la demande de séparation de biens est soumise à diverses mesures de publicité, c'est uniquement pour « mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononce la séparation. » Les articles 866 à 869 du Code de procédure supposent, à leur sens, le principe de la rétroactivité.

les plaideurs ne devant pas souffrir des lenteurs de la procédure.

Du reste, n'y a-t-il pas rétroactivité en matière de séparation de corps ou de biens, dans des cas où le demandeur, au lieu de réclamer la dissolution du mariage, désire le relâchement des liens qui rattachent les personnes aux intérêts. (Voy. article 1445 C. civ.)

Ce principe se trouvait nettement exprimé dans un arrêt de la Cour de cassation, en date du 12 mai 1869 (1). « Les jugements étant déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, leurs effets remontent à l'égard des parties en cause au jour de la demande, et par conséquent la dissolution de la communauté produite par la séparation de corps remonte, quant au mari, au jour où par une demande en séparation de corps, la femme a manifesté l'intention de mettre fin à la société conjugale. »

Plusieurs arrêts ont décidé que les effets de la séparation de biens principale et de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps (2) rétroagissaient au jour de la demande, sans faire aucune distinction suivant la qualité des intéressés : tiers ou époux. Le mariage est un ensemble de droits et d'obligations ; que certains d'entre eux, comme dans la séparation de corps ou de biens, ou la totalité, comme dans le divorce, soient éteints, le

(1) S. 69. 1. 301.

(2) En ce sens : Cour de Paris : 18 juin 1855 (S. 56. 2. 170). — Cour de Paris : 27 décembre 1860 (S. 61. 2. 263). — Cour de Besançon : 15 février 1864 (S. 64. 5. 133).

jour de leur extinction doit être fixé d'après le même principe.

La majorité des auteurs (1), MM. Colmet de Santerre, Laurent, Guillouard et la jurisprudence écartent ce système. La rétroactivité au jour de la demande, nous le savons, n'existe que pour les jugements *récognitifs*, non pour les jugements *constitutifs* de droits. Il ne faut pas confondre le rôle du juge intervenant pour faire respecter un droit devant une contestation illégitime, avec celui qu'il a de substituer, en raison de certaines circonstances, des droits nouveaux à des droits anciens, droits nouveaux qui ne sont pas contestés. Dans le premier cas, le magistrat applique simplement la loi ; dans le second, il crée pour ainsi dire une loi entre particuliers.

Quant à l'argument tiré des règles reçues en matière de séparation de biens et de séparation de corps, il ne prouve absolument rien.

Il y a un abîme entre le divorce et la séparation de biens qui, elle, peut s'établir non seulement par jugement mais par contrat de mariage. Quant à la séparation de corps, nous verrons qu'il n'existe pas de texte tranchant la question de rétroactivité, et que la jurisprudence qui l'établit est très contestée.

* En législation, certes, il ne nous déplairait pas de voir la dissolution du mariage reportée au jour de la demande en divorce, à la condition cependant qu'une publicité sérieuse mît les tiers en garde. A

(1) M. Garsonnet a abandonné sa première opinion et a nettement mis au jour sa nouvelle façon de voir dans son III^e vol., p. 219, § 460.

compter de ce jour en effet, il y a rupture de fait entre les époux; or, lorsque cette rupture a été approuvée en quelque sorte par la justice, ne conviendrait-il pas de faire coïncider avec elle la rupture de droit?

Toujours est-il qu'à l'heure actuelle rien ne consacre un tel principe. L'article 252 *in fine* ne fait pas remonter la dissolution du mariage au jour de la demande à l'égard de tout le monde, mais seulement à l'égard des époux. Le législateur, en intercalant dans sa proposition les mots « quant à ses effets entre époux », a évidemment voulu indiquer le champ d'application de sa règle. Cette parenthèse n'aurait aucune utilité si l'on ne devait opposer les époux aux tiers. — Bien au contraire, il aurait été préférable de dire : « quant à ses effets à l'égard des tiers », puisque c'est à cause d'eux surtout que l'idée de rétroactivité pouvait soulever des critiques, puisque c'étaient eux enfin qui auraient le plus souffert du principe général.

L'étude des travaux préparatoires démontre qu'on a considéré la disposition finale de l'article 252 comme une innovation et une dérogation apportée au droit commun; par conséquent l'interprétation restrictive s'impose.

Le projet de loi présenté au Sénat le 11 juin 1885 par M. Brisson, garde des sceaux, ne renfermait pas cette disposition (1). — Elle n'est pas davantage mentionnée dans les deux projets de la Commission

(1) *J. Off.* Sénat 1885, annexes, p. 209.

et les deux rapports de M. Labiche (1), pas plus qu'au moment du vote de la loi en première délibération (2).

Notre alinéa n'a été introduit pour la première fois que dans le texte corrigé et proposé en deuxième délibération par la Commission du Sénat (3). M. de Gavardie s'éleva contre cette addition, la considérant comme superflue, étant donné qu'en principe, l'effet de tout jugement remonte au jour de la demande. A quoi M. Labiche répondit : « Les jugements qui prononcent la séparation de corps ou le divorce ne sont pas, comme ceux qui prononcent la séparation de biens, déclaratifs de droits antérieurs, mais constitutifs d'un état nouveau. Aussi jusqu'à présent, quoi qu'en dise notre honorable collègue, les jugements en séparation de corps ou en divorce n'ont jamais produit d'effets, même entre époux, que du jour du prononcé de l'arrêt ou du jugement. La disposition que nous vous proposons ne maintient donc pas, comme le suppose M. de Gavardie, le régime actuel; mais elle constitue une innovation. »

M. Labiche se trompe toutefois, lorsqu'il considère le jugement de séparation de biens comme déclaratif de droits antérieurs; mais peu importe, le principe, en ce qui concerne le jugement de divorce, est nettement exprimé.

Il complète encore sa pensée un peu plus loin :

(1) *J. Off.* Sénat 1885, annexes, p. 30 et 296.

(2) Déb. parl. Sénat 1885 (Séance du 7 décembre), p. 1260.

(3) Id. Id. — 24 — p. 1368.

« Ce texte ne parle que des effets à l'égard des époux. En ce qui concerne les effets de la séparation de corps ou du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel (1). » C'est toujours la non-rétroactivité!

Abandonnons l'explication de la partie finale de l'article 252, donnée par ce premier système. Nous nous trouvons en présence de deux autres qui n'admettent pas la rétroactivité à l'égard des tiers.

Le deuxième système s'en tient à l'interprétation judaïque du texte. Tous les effets entre époux, sans exception, remontent au jour de la demande; peu importe qu'ils soient d'ordre moral ou pécuniaire, qu'ils se rattachent ou non au régime matrimonial adopté par les conjoints divorcés.

Le texte ne distingue pas, dit-on; la doctrine ne doit pas y suppléer. On pourrait ajouter que la rétroactivité complète des effets du divorce entre époux ne lèse personne. Les tiers dont les intérêts sont sauvegardés ne sauraient la critiquer, puisqu'on reconnaît dans ce système que la rétroactivité n'a pas lieu à leur égard; l'époux défendeur non plus, puisqu'il est prévenu du jour de la demande; quant au demandeur, peut-il logiquement se prévaloir de sa qualité d'époux pendant la période qui sépare la demande de la dissolution du mariage, alors qu'il ne cherche qu'à se dépouiller de ce titre le plus rapidement possible?

Ce système est défendu notamment par MM. Vraye

(1) Sénat, séance du 24 décembre 1885.

et Gode (1). D'après eux, la discussion a plutôt un intérêt théorique que pratique. « Malgré les termes de l'article 252, disent ces auteurs, les effets du divorce quant à la personne des époux ne se produiront *en fait* d'une manière réelle qu'après la transcription..... La rupture du lien conjugal rétroagira, par l'effet de la fiction de l'article 252, au jour de la demande; mais *en fait* la rétroactivité ne s'appliquera qu'aux relations d'intérêts des époux entre eux..... C'est surtout en ce qui concerne les biens, que cet article fait remonter les effets du divorce au jour de la demande. »

Remarquons en passant la singularité de cette distinction. Nous ne sommes pas, ce nous semble, en présence d'un pur problème d'école. N'est-il pas, en effet, essentiel de discuter la rétroactivité du divorce quant à ses effets entre époux pour une quantité de points de vue importants, tels que la répression de l'adultère, l'application des règles sur le vol, la prescription entre époux, et bien d'autres?

Arrivons au troisième système, à celui qui donne à l'article 252 *in fine* l'interprétation la plus restrictive. C'est celui que nous suivrons.

Le texte ne donne de rétroactivité aux effets du divorce qu'en ce qui concerne les *rapports pécuniaires entre époux*; et, déclarent certains auteurs avec plus de précision, qu'en ce qui concerne le règlement du *régime matrimonial* des époux.

La jurisprudence applique ce système et la majorité des auteurs le défendent.

(1) Vraye et Gode, *Divorce et séparation de corps*, 2^e édit., 2^e partie, p. 101.

On s'appuie sur les travaux préparatoires. Dans son rapport au Sénat, M. Labiche s'exprimait ainsi : « Comment se justifie cette innovation ? Elle a pour but d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne, le *patrimoine de la communauté*, en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui. »

Ce juste motif de la loi, donné par le rapporteur, délimite le champ d'application du texte. On a voulu remédier à des abus qui se produisaient antérieurement, alors que tous les effets du divorce, sans distinction avaient pour point de départ le jour de la prononciation du divorce par l'officier d'état civil.

Le mari, seigneur et maître de la communauté conjugale, pourrait se servir de ses droits pour modifier la composition du fonds commun et léser sa femme. Il y aurait du reste une réelle injustice à faire subir à l'époux demandeur les conséquences des lenteurs de la procédure ; certains événements indépendants de la volonté des conjoints survenant dans la période postérieure à la demande et antérieure au jugement et à la transcription, peuvent en effet considérablement diminuer ou augmenter la communauté.

C'est donc dans un but tout spécial que la rétroactivité a été admise. En présence d'une disposition d'ordre exceptionnel, motivée par de simples raisons de fait, nous ne devons l'étendre à des cas pour lesquels elle n'a pas été édictée. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

La Cour de cassation s'en tient à ce principe dans son arrêt du 18 avril 1893 (S. 94. 1. 5) : « L'art. 252 C. civ., dit-elle, édicté dans le dessein de priver le mari des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant l'instance, concerne exclusivement les biens sans apporter aucune modification aux droits et devoirs des époux. »

Opposera-t-on que l'article 252 est un texte clair et que par conséquent il est interdit de chercher dans les travaux préparatoires, dans l'esprit de la loi, une distinction qu'il repousse? Nous répondrons que l'interprète a le droit, sans vouloir corriger la loi, de réparer les erreurs matérielles du législateur, de rétablir sa pensée dénaturée par des mots dont le sens n'a pas été scrupuleusement pesé.

On prétend en second lieu dans notre système que l'article 252 *in fine* a une explication historique. En 1886 on n'a fait que transporter à la matière du divorce les règles établies par la jurisprudence pour la séparation de corps (1). Depuis longtemps en effet des jugements ou arrêts avaient reconnu la rétroactivité des décisions prononçant la séparation de corps, en se basant sur ce que la séparation de corps entraînait toujours séparation de biens. On appliquait donc, en cas de séparation de corps, l'article 1445 du Code civil qui fait remonter les effets de la séparation quant aux biens au jour de la

(1) Note de M. Labbé, au Sirey, sous cass., 18 avril 1893 (S. 94. 1. 5) où l'on trouve l'historique de la jurisprudence en matière de séparation de corps et de séparation de biens.

demande. Toutefois on tenait compte de ce que la demande en séparation de corps n'était pas rendue publique comme l'était celle en séparation de biens principale et, pour ce motif, on reconnaissait que la rétroactivité n'était pas opposable aux tiers. Pour eux, la séparation de corps ne produisait effet qu'à la date du jugement (1).

De nombreux auteurs (2) ont critiqué cette jurisprudence. On a fait valoir que la séparation de corps différait beaucoup de la séparation de biens principale, cette dernière ne pouvant être demandée que par la femme contre le mari et supposant toujours une mauvaise gestion de la communauté. Du reste, ajoutait-on, si le mari demandeur ou défendeur dans l'instance en séparation de corps paraissait en attendant, mettre la dot en péril par une mauvaise administration, la femme n'avait qu'à engager une action en séparation de biens par voie principale.

Quoi qu'il en soit, on ne discutait que sur la rétroactivité des effets de la séparation de biens accessoire de la séparation de corps, c'est-à-dire sur une question d'ordre pécuniaire étroitement liée au régime matrimonial des époux.

(1) Cass., 18 juin 1877 (S. 77. 1. 406). — Cour de Bordeaux : 23 novembre 1880 (S. 1881. 1. 76). — Cour de Lyon : 16 juillet 1881 (S. 1882. 2. 237). — Cour de Paris : 12 janvier 1882 (S. 82. 2. 115). — Aubry et Rau, t. IV, p. 776. — Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, n° 1386 et suiv. — Toullier, *Droit civil*, t. II, nos 705 et 776.

(2) M. Labbé nous cite entre autres Duranton, Marcadé, Rodière et Pont, Demolombe, Colmet de Santerre, Laurent, Guillouard. « Ces » auteurs, dit-il, font remarquer que cette rétroactivité n'est pas » dans la loi, que la distinction entre les effets entre époux et les » effets à l'égard des tiers n'offre pas de netteté, de clarté, d'exacti- » tude. Il est chimérique de prétendre affranchir les tiers du contre- » coup des effets donnés au jugement entre époux. »

La règle consacrée par la jurisprudence a paru offrir un remède satisfaisant à des dangers signalés par la pratique. La loi du 18 avril 1886 se l'est appropriée en matière de divorce. Elle n'a point changé de caractère ; pour en comprendre la nature, il faudra donc se reporter aux précédents.

Un troisième argument est présenté par M. Coste dans son ouvrage sur le *Point de départ des différents effets du divorce* (thèse de doctorat, p. 84) : « Nous trouvons, dit-il, dans la loi elle-même la preuve formelle que la rétroactivité n'intéresse pas les rapports personnels des époux et que le lien conjugal subsiste au moins jusqu'à la prononciation du divorce. L'article 313 C. civ., modifié par la loi du 18 avril 1886, n'autorise contre les enfants conçus pendant l'instance que l'action en désaveu du mari ; il se contente de faciliter l'exercice de cette action. Si l'action en désaveu continue à être nécessaire, c'est que la présomption : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, subsiste malgré l'instance, puisque l'action en désaveu n'a d'autre objet que de détruire la présomption de paternité. Si le mariage était censé dissous du jour de la demande, l'action qu'il eût fallu intenter n'aurait plus été l'action en désaveu réservée au mari et soumise à l'observation de conditions rigoureuses, mais l'action en contestation de légitimité ouverte à toute personne dans les termes du droit commun. La persistance de la présomption de paternité après la demande prouve qu'après cette demande, quelle que soit l'issue du procès, le devoir de fidélité subsiste comme par le passé ; car le devoir de fidélité est la base de la

présomption légale, et celle-ci ne saurait lui survivre. Le mariage n'est donc pas dissous du jour de la demande, en ce qui concerne les droits et les devoirs respectifs des époux. Voilà bien la preuve qu'à cet égard, le législateur a maintenu le système ancien qui ne connaissait pas la rétroactivité du divorce; voilà le texte qui nous autorise à distinguer, bien que l'article 252 *in fine* ne distingue pas. »

Le système qui distingue entre les divers effets entre époux pour l'application de l'article 252, a, nous l'avons dit, obtenu de nombreux suffrages dans la doctrine (Carpentier, p. 185; Curet, n° 269; Coulon, t. IV, p. 33; etc...). La jurisprudence l'admet (1). »

Mais arrêts et auteurs le formulent d'ordinaire assez mal. Prenons les considérants d'un jugement rendu le 29 novembre 1888 (S. 89. 2. 6) par le Tribunal de la Seine, sur la question de la date de la dissolution du mariage; nous y trouvons ceci : « Attendu que si, entre époux et pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, l'article 252 du Code civil fait remonter les effets de ce jugement au jour de la demande..... »

Même expression employée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 avril 1893 : « Cette disposition n'a été dictée que dans le dessein, déjà prévu à l'article 1445 du Code civil, de priver le mari,

(1) Cass., 7 janvier 1890 (*Pand. fr.* 90. 1. 373). — Seine, 15 octobre 1890 (*la Loi*, 1890, p. 974). — Cass., 18 avril 1893 (S. 94. 1. 5). — Paris, 13 décembre 1895 (D. P. 96. 2. 418).

notamment des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance; elle concerne donc exclusivement les biens, sans apporter aucune modification aux droits et devoirs des époux, tant que subsiste l'union conjugale et, par conséquent, à la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation dans les cas où elle est exigée. »

Les auteurs se servent de formules analogues. Selon M. Carpentier (1), « il est bien évident que même en ce qui concerne les époux, la rétroactivité se bornera au règlement de leurs intérêts pécuniaires. »

M. Curet ne parle pas autrement (2) : « Le jugement de divorce dûment transcrit ne rétroagit au jour de la demande qu'en ce qui concerne les droits pécuniaires des époux. »

Il y a là une formule inexacte. Inconsciemment peut-être, on tend à élargir le champ d'application de l'article 252 *in fine*. Pour rectifier l'erreur, il faut ne pas perdre de vue les explications données par M. Labiche au Sénat, ne pas se méprendre sur les inconvénients auxquels on a voulu parer.

Comme le dit fort bien M. Coste (3), la rétroactivité « était nécessaire pour empêcher le mari de diminuer par mauvais vouloir les droits de la femme dans la communauté sans être soumis à aucune responsabilité, pour interdire aux époux de faire intervenir des calculs d'intérêt dans une ins-

(1) *Traité théorique et pratique du Divorce*, 2^e partie, 1888, p. 185.

(2) *Code du Divorce*, n^o 269.

(3) Coste, Thèse, Paris, p. 94.

tance qui doit conserver un caractère tout moral et pour leur ôter la tentation de spéculer sur la durée du procès; tous ces motifs se réunissent en un seul, la nécessité de couvrir les époux, à raison de l'état d'hostilités où ils sont placés, d'une protection égale et réciproque. »

Eh bien, la nécessité de cette protection n'apparaît pas quand il s'agit par exemple d'une aliénation de ses propres par la femme, ou d'une dette contractée par elle sans autorisation, postérieurement à la demande en divorce. — Ces actes peuvent être ajournés sans péril; ils ne seront pas validés rétroactivement par la prononciation du divorce, bien qu'ils touchent aux intérêts pécuniaires des époux.

Concluons donc que l'article 252 *in fine* n'admet la rétroactivité qu'en ce qui se rattache aux conventions matrimoniales. Les droits d'ordre moral ou pécuniaire qui découlent du mariage même, et qui ne sont pas nés de la volonté expresse ou tacite des conjoints, ne sont pas visés par ce texte. De plus, du texte et de l'esprit de la loi, nous tirerons comme conséquence, que la transcription n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers; nous l'avons démontré en réfutant la première interprétation donnée à l'article 252 C. civ. (1).

(1) Quel sens donner à l'expression *tiers* employée dans cet article? Nous laissons la parole à M. Coste: « Si l'on veut comprendre quels sont les tiers pour lesquels l'effet rétroactif du divorce n'existe pas, il faut se rappeler pourquoi le jugement de divorce ne rétroagit pas à l'égard des tiers. Nous l'avons déjà dit: c'est parce que, si la rétroactivité du divorce avait lieu à leur égard, les tiers dont les droits seraient accrus ou diminués, suivant l'issue

C'était, croyons-nous, la pensée du rapporteur au Sénat; elle ressort du passage de son discours cité plus haut. Toutefois le rapporteur a le tort de ne parler que du régime de communauté. Sans doute, l'importance de la rétroactivité est plus apparente dans ce régime. On liquide la communauté en prenant pour base le jour de la demande. On déduit de la masse partageable les donations et successions mobilières échues aux époux depuis la demande. — Mais la règle est générale; elle s'appliquera aux autres régimes, notamment au régime dotal ou au régime d'exclusion de communauté. Un de ses principaux effets sera de reporter au jour de la demande l'extinction du droit d'usufruit marital.

Le principe étant établi, nous n'entreprendrons pas l'examen détaillé de ses conséquences dans les différents régimes matrimoniaux.

Il convient également de laisser de côté la controverse qui existe entre les auteurs pour savoir quel est exactement le jour de la demande : est-ce

» incertaine de l'instance, seraient engagés à spéculer sur l'événement du procès, à en escompter à l'avance le gain ou la perte et » auraient la tentation d'intervenir d'une façon plus ou moins » ouverte dans les démêlés des époux, alors qu'ils doivent y demeurer indifférents.

» A quelles personnes ces raisons sont-elles applicables ? A celles-là seules dont les droits sont antérieurs à la demande ou sont nés au plus tard avant que le divorce ne soit devenu définitif par la transcription : celles-là seules seront des tiers. Mais quant aux personnes dont les droits sont nés postérieurement à la transcription, on ne peut les soupçonner d'avoir eu un intérêt quelconque à ce que le divorce eût lieu ou non; ce seront des ayant-cause; l'effet rétroactif du jugement de divorce pourra leur être opposé et elles seront en droit de s'en prévaloir. » Coste, op. cit., p. 102-103.

le jour de la présentation de la requête au président du tribunal? est-ce le jour de l'assignation?

Ces études, si intéressantes qu'elles puissent être, nous éloigneraient trop de la « Transcription des jugements prononçant le divorce ». Nous avons seulement à déterminer le sens obscur de l'article 252 *in fine*.

§ 2. — *Point de départ des effets du divorce*, NON
VISÉS PAR L'ARTICLE 252 *in fine*.

Nous venons de discuter sur l'exception, il faut maintenant formuler la règle.

A quelle date les effets du divorce dont l'article 252 *in fine* ne s'occupe pas prendront-ils naissance?

Avant la loi du 18 avril 1886, la question de la fixation du jour de la dissolution du mariage était, quoique timidement, déjà discutée. — Depuis, le débat a pris de l'ampleur, les avis sont très partagés. Quatre systèmes peuvent être soutenus; mais à vrai dire, il n'y en a que deux entre lesquels on hésite dans la pratique.

I. — Dans un premier système, on prétend reporter la dissolution du mariage, une fois la transcription opérée, *au jour du jugement* qui prononce le divorce. La transcription aurait un effet rétroactif.

Ce système a été défendu par M. le substitut

Danion (1) devant le Tribunal civil de la Seine, et notamment par M. Carpentier (2), M. Curet (3), M. Baudry-Lacantinerie (4), et par M. Soulié, *De la date de la dissolution du mariage par le divorce* (5).

Nous trouvons quelques décisions de jurisprudence en sa faveur, par exemple un arrêt de la Cour de Limoges du 26 novembre 1887 (*Pand. fr.* 89. 2. 6), et un jugement du Tribunal civil de Versailles en date du 14 août 1889 (S. 90. 2. 95). Voir dans le même sens une circulaire du procureur de la République près le Tribunal civil de la Seine, en date du 25 juillet 1889, et un jugement du Tribunal correctionnel de Saint-Yrieix du 31 janvier 1895 (S. 95. 2. 297).

On fait valoir que c'est le jugement qui modifie l'état des époux et qu'il ne se distingue pas beaucoup à cet égard des autres jugements qui intéressent la condition juridique des personnes, tels que les jugements sur des actions en interdiction, en désaveu, sur les questions d'état sur l'adoption. Dans ces différentes matières, lorsque le législateur impose une transcription sur les registres de l'état civil, il n'en fait qu'un accessoire du jugement, utile au point de vue de la publicité. N'en est-il pas

(1) Seine, 29 novembre 1888 (*Pand. fr.* 89. 2. 6).

(2) *Op. cit.*, t. II, n° 159.

(3) *Code du Divorce*, n° 267.

(4) *Précis de Droit civil*, 4^e édition, t. I, n° 72. Dans sa 5^e édition, M. Baudry-Lacantinerie abandonne ce système pour adopter celui qui triomphe en doctrine et en jurisprudence (5^e édition, p. 447).

(5) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, t. XXIV, p. 256 et suiv.

ainsi par exemple en matière de nullité de mariage ? La transcription des décisions prononçant le divorce, à tort ou à raison, a paru être d'une importance exceptionnelle ; pour ce motif la loi a voulu l'assurer par une sanction rigoureuse : la nullité des jugements non transcrits. On ne doit donc pas attribuer à un simple acte de publicité le pouvoir de dissoudre le mariage.

La transcription en matière hypothécaire elle-même ne produirait pas des conséquences aussi graves puisqu'elle n'intéresse que les tiers.

Si donc la transcription ne peut être l'acte qui dissout le mariage, cet acte sera évidemment le jugement ou arrêt de divorce. Le jugement est rendu sous la *condition suspensive* qu'il sera plus tard transcrit dans les délais légaux. Il n'y a donc qu'à appliquer l'article 1179 du C. civ. La règle générale qu'il énonce, née de la logique plus encore que de la volonté du législateur, doit s'appliquer aux jugements comme aux contrats, à tous actes extinctifs ou créateurs de droits.

A cet argument tiré des principes, on en joint d'autres basés sur les textes. Laissons la parole à M. le substitut Danion : « Il n'est pas douteux, dit-il, après l'examen de la loi du 20 avril 1886, que c'est le jugement et non la transcription qui rompt le lien conjugal. En effet, c'est le tribunal et non l'officier de l'état civil qui prononce le divorce. La loi le dit expressément : « Art. 246 : Lorsque la » demande en divorce a été formée....le tribunal.... peut ne pas » *prononcer* immédiatement le divorce. » — « Art. 247, § 2 : Le jugement ou l'arrêt qui *pro-*

» *nonce* le divorce par défaut.... » — « Art. 249 : Le jugement qui *prononce* le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement. » — « Art. 250 : Extrait du jugement ou de l'arrêt qui *prononce* le divorce.... »

» Or prononcer le divorce, c'est prononcer la dissolution du mariage. Ces mots ne peuvent avoir d'autre sens. Ils sont d'autant plus significatifs que le législateur de 1884 s'était servi d'autres expressions. Le tribunal *admettait* le divorce et autorisait le demandeur à se présenter devant l'officier de l'état civil pour le *faire prononcer*.

» Pourquoi la loi de 1886 a-t-elle donc modifié sur ce point la loi de 1884 ? On a dit qu'il était difficile et gênant pour les parties de se présenter devant l'officier d'état civil, que cette comparution donnait parfois lieu à des scènes comiques et scandaleuses, qu'il serait beaucoup plus simple de faire transcrire. C'est un motif de fait qui a sa valeur.

» Il est aussi un motif de droit. Le législateur de 1884, qui conférait à l'officier de l'état civil le droit de prononcer le divorce, avait emprunté cette disposition au législateur de 1803, mais il n'avait pas pris garde que si cette disposition convenait à la loi de 1803, elle ne convenait guère à celle de 1884. En effet la loi de 1803 reconnaissait le divorce par consentement mutuel. On comprenait dès lors qu'un contrat formé par la volonté des parties et rompu par leur consentement mutuel fût rompu dans les formes mêmes où il avait été passé, c'est-à-dire devant l'officier d'état civil.

» Mais lorsque le contrat librement formé ne peut être rompu que pour cause déterminée, c'est-à-dire

pour des motifs indépendants de la volonté commune des parties, l'intervention du magistrat municipal ne se conçoit plus. Il y a, comme le disait M. Allou au Sénat, une certaine dignité pour la justice à ce qu'on s'arrête à la décision qu'elle a prise.

» Pourquoi, disait encore M. Brisson, garde des sceaux, maintiendrait-on une disposition qui est en somme une exception à un principe qui veut qu'un jugement ou arrêt définitif comporte l'exécution immédiate? (Sénat, *Officiel*, 13 décembre 1885.)

» Je m'appuierai en outre sur l'article 252 de la loi de 1886 dont le § 4 est ainsi conçu : « A défaut » par les parties d'avoir requis la transcription dans » le délai de deux mois, *le divorce est considéré » comme nul et non venu.* » Le divorce existait donc avant la transcription. S'il n'existait pas, il ne pourrait devenir nul. Ce n'est pas la transcription qui le crée, puisque l'absence de transcription le fait disparaître ; elle le rend seulement irrévocable. »

On a fait un rapprochement intéressant en comparant au § 4 de l'article 252 l'article 359 C. civ., relatif à l'adoption. Après avoir prescrit l'inscription du jugement d'adoption dans les trois mois, ce texte nous annonce que « l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai. » Personne n'a jamais prétendu que l'adoption ne datait que du jour de l'inscription.

On pourrait, il nous semble, tirer encore argument de l'article 252 *in fine* : « le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande. » L'article ne nous dit pas, comme il aurait pu le faire, « les effets du divorce ou

les effets de la transcription du jugement de divorce remontent..... : » il dit : « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets..... »

Tout ceci n'indique-t-il pas que dans l'esprit du législateur, les effets du divorce prennent naissance le jour où le jugement est rendu ?

Si les effets du divorce visés par l'article 252 *in fine* ont pour point de départ le jour de la demande, c'est par suite d'une fiction de la loi qui, pour obvier à certains dangers, suppose que le jugement a été rendu aussitôt la demande lancée. On part toujours de ce principe que les effets du divorce sont liés de la façon la plus étroite au prononcé du jugement.

Le système défendu par M. le substitut Danion a été à nouveau minutieusement développé par M. Soulié dans un intéressant article de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1).

Il revient sur l'argument tiré de la prononciation du divorce par le tribunal, depuis 1886. « L'officier d'état civil ne prononce plus, il n'a qu'à noter sur les registres le divorce. Et dès lors n'est-il pas de toute évidence qu'en modifiant les mots, la loi a voulu modifier les choses ? En transportant à une autorité nouvelle le rôle de l'autorité ancienne, on lui a transmis aussi ses pouvoirs. »

M. Soulié trouve ensuite une nouvelle raison, décisive selon lui, en faveur du premier système. Il la tire de l'article 252, § 3, qui accorde au défendeur le droit de faire transcrire le jugement de divorce

(1) Année 1889, t. XXIV, p. 256 et suiv.

dans le deuxième mois, faute par le demandeur de l'avoir fait dans le premier.

« La loi a agi sagement en laissant le demandeur maître de l'action, mais cette maîtrise a une fin ; arrive un moment, aux termes de l'article 252, § 3, où ce n'est plus le seul demandeur qui a le droit de faire transcrire, ce sont tous les deux également, gagnant et perdant. Que s'est-il donc passé ? Il s'est produit un fait capital, essentiel, c'est que la sentence finale est rendue, le divorce est prononcé. Il s'est créé un état de droit nouveau opposable comme chose jugée aux deux parties en cause ; il y a un droit acquis pour les deux. Ce ne sont plus un demandeur et un défendeur, ce sont deux divorcés. Il n'y a pas d'autre manière d'expliquer cette égalité de droit succédant à une inégalité antérieure : c'est que tout est fini, qu'il ne reste qu'une formalité accessoire à remplir pour exécuter ce droit acquis et que chacun pourra accomplir en vertu de ce droit acquis. »

Dans ses conclusions, M. le substitut Danion se refusait à utiliser pour le débat les travaux préparatoires de la loi de 1886. Pour lui, les différents passages qui paraissent toucher à la question sont contradictoires. On n'a rien dit de formel au sujet de la rétroactivité !

M. Soulié n'est pas tout à fait de cet avis. Il admet que deux systèmes ont été exposés, mais il soutient que le sien aurait été préféré. Il insiste surtout sur l'établissement de mesures de publicité destinées à faire connaître le jugement au public (art. 250). M. le sénateur Griffé avait demandé qu'on publiât

non le jugement, mais la transcription. La proposition fut rejetée. C'est donc qu'on a considéré que le jugement était plus important que la transcription, l'un est la chose principale, l'autre l'accessoire.

Les conséquences du système qui prend pour point de départ des effets du divorce la date de la prononciation par le tribunal, sont nombreuses et intéressantes.

L'arrêt de la Cour de Limoges du 26 novembre 1887 en fait une application au cas d'adultère. Dans l'espèce il s'agissait d'une certaine dame B... qui avait eu des relations avec un individu pendant la période qui sépare le jour de la prononciation du divorce et celui de la transcription. La Cour a décidé qu'avant d'appliquer la peine de l'adultère à la dite dame et à son complice, il fallait attendre l'expiration du délai concédé pour la transcription par l'article 252. Si la transcription n'était pas effectuée, alors ils étaient punissables ; si au contraire elle était effectuée, le mariage étant réputé dissous à la date du jugement, il n'y avait plus de délit.

Il est à remarquer que la Cour motive bien peu son arrêt et admet sans discussion le principe de la rétroactivité de la transcription.

Le Tribunal de Versailles, dans son jugement du 14 août 1889, s'occupe d'un cas différent. Il décide que le mariage se trouve dissous à la date du jugement prononçant la conversion de la séparation de corps en divorce, et que par suite le délai de viduité de dix mois imposé à la femme divorcée commence à courir dès cette époque. C'est également à cette date qu'il conviendrait de se placer pour le calcul du

délai de trois cents jours pendant lequel l'enfant né après la dissolution du mariage bénéficiera d'une présomption de légitimité.

Nous pourrions indiquer une autre application de la doctrine en nous reportant à l'affaire qui donna lieu au jugement du Tribunal de la Seine, le 29 novembre 1888, et qui fut rendu contrairement aux conclusions de M. Danion. Une dame X... avait entre le jugement de divorce et la transcription passé un contrat de vente sans autorisation ni de son mari ni de justice. Plus tard elle refusa de reconnaître son obligation, alléguant que la convention était nulle comme ayant été conclue par une femme mariée non autorisée.

D'après M. Danion, défenseur du système que nous exposons, la dame X... avait tort; depuis le jour de la prononciation du divorce, elle avait repris sa pleine et entière capacité.

En dehors des espèces spéciales sur lesquelles la jurisprudence a statué, on peut trouver maintes applications du système. C'est à partir du jugement que la femme perdra le domicile conjugal, que chacun des époux reprendra l'usage de son nom, que cessera l'obligation d'assistance, que les droits de successibilité disparaîtront. La prescription désormais courra entre époux; le vol entre époux sera réprimé suivant le droit commun. C'est enfin dans l'année qui suivra la prononciation du divorce que la femme devra, pour se conformer à l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, faire inscrire son hypothèque légale.

Nous arrivons au second système que la jurispru-

dence et la doctrine admettent, à notre avis, avec raison (1).

II. — Tous les effets du divorce, à l'exception de ceux que vise l'article 252 *in fine*, ont pour point de départ le jour de la transcription sur les registres de l'état civil. Dans l'examen des questions que nous avons précédemment énumérées, la règle sera donc toute différente de celle qu'on suivait dans le premier système.

Quelle réponse fait-on aux arguments présentés tout à l'heure? On fait tout d'abord observer que les articles cités par M. Danion, desquels il résulte que seul le tribunal prononce le divorce et qu'à défaut de transcription en temps utile, le divorce est considéré comme nul et non avenue, ne sont pas inconciliables avec ce second système.

Oui ; le divorce existe du jour où le tribunal l'a prononcé, mais il existe sans produire d'effets, jusqu'à ce que la transcription soit opérée. Il existe en ce sens que dès lors il constitue un droit acquis pour chacune des parties. L'époux coupable, comme son conjoint, peuvent le vivifier ; la réalisation complète du divorce ne dépend plus que de leur seule

(1) Tribunal de la Seine : 29 novembre 1888 (*Pand. fr.* 89. 2. 6). — Tribunal de la Seine : 15 mars 1891 (*Pand. fr.* 91. 2. 306). — Tribunal de Brioude : 18 mars 1891 (D. P. 91. 3. 95). — Cour de Riom : 5 avril 1892 (S. 92. 2. 112). — Cour de Paris : 12 janvier 1892 (*Pand. fr.* 92. 2. 353). — Cass. : 18 avril 1893 (D. P. 94. 1. 67). — Limoges : 21 mars 1895 (S. 95. 2. 297). — Coulon, *Manuel du Divorce*, p. 173. — Vraye et Gode, *op. cit.*, t. II, n° 611. — Huc, *op. cit.* t. II, nos 393 et suiv. — Colmet de Santerre, *Cours analytique de Droit civil*, t. II, p. 378 *bis*. — Labbé, note sous cass., 18 avril 1893 (S. 94. 1. 5).

volonté, les obstacles créés par la loi pour empêcher la rupture du mariage sont tombés avec le jugement.

La rédaction de l'article 252, § 4, manque peut-être de précision ; on aurait pu dire « jugement de divorce » au lieu de « divorce », mais elle est conciliable avec le système que nous défendons.

On trouve étrange que le tribunal *prononce* le divorce alors que ses effets se produiraient seulement à la date de la transcription. Mais il faut bien une autorité pour prononcer le divorce, il s'agit d'un changement d'état ; il est nécessaire que quelque chose nous apprenne officiellement que le changement va s'accomplir.

La prononciation, acte indispensable, n'est plus, pour des raisons de fait, du ressort des officiers d'état civil ; il faut bien qu'elle soit l'œuvre du tribunal.

Il sera plus facile de s'entendre dans cette discussion si l'on adopte une formule qui ne donne pas lieu à confusion. Le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 29 novembre 1888, a évité l'écueil. Il nous dit que « la décision ne produit d'effet qu'à partir de sa transcription » ; que la transcription est « une formalité substantielle du divorce ».

On objecte qu'en matière d'adoption on raisonne d'une autre façon. C'est possible, mais l'adoption, à la différence du divorce (du moins sous la législation présente), suppose un accord de volontés entre deux personnes, l'adopté et l'adoptant, accord constaté par un acte authentique que rédige le juge de paix. Le jugement qui intervient est un jugement

d'homologation rendu en chambre du conseil, qui est bien différent du jugement de divorce. (Art. 354-355 C. civ.)

Du reste, les raisons qui peuvent justifier la non-rétroactivité en matière de divorce n'existent plus en matière d'adoption. Le législateur est plus favorable à cette dernière institution qu'au divorce qu'il n'a, pour ainsi dire, admis qu'à regret.

La transcription peut-elle enfin être considérée comme une condition suspensive de l'existence du jugement de divorce ?

Nullement. L'article 1179 du C. civ. fait partie d'une section consacrée aux obligations conditionnelles dérivant des *conventions privées*. Les rédacteurs du Code civil auraient été fort surpris s'ils avaient pu prévoir qu'on l'invoque en pareille matière ! Ce texte établit la rétroactivité de la condition suspensive en se basant sur la volonté présumée des parties contractantes. Il ne saurait s'appliquer à un fait juridique qui ne comporte ni contractants ni interprétation de volonté !

Les raisons développées par M. Soulié sont-elles plus convaincantes ? Nous admettons qu'il y a un droit acquis pour les deux parties à partir du jugement ; elles ont le droit de créer l'état de divorce par la transcription si elles le veulent, nul ne peut s'y opposer. Mais être divorcé et pouvoir l'être, même dès qu'on voudra, sont deux choses bien différentes.

Qu'on consulte la discussion du Sénat relative à l'octroi du droit de réquisition au défendeur, le discours de M. Paris et les réponses de MM. Léon

Renault et Griffé (1). Rien n'indique qu'on ait considéré les effets du divorce comme prenant naissance au jour du jugement. L'innovation de la loi de 1886 a été votée pour des raisons de haute moralité. On a trouvé injuste qu'un époux, après avoir flétri publiquement son conjoint par une sentence judiciaire, pût le forcer à reprendre ensuite la vie commune contre son gré. « Il n'y aurait là que honte, humiliation, abjection dans les rapports des deux époux, dans leurs relations avec leurs enfants, avec leurs familles, avec le monde. Tout y deviendrait bas, honteux et dégradant » ; s'est écrié M. Renault en clôturant le débat.

Qu'on ne parle pas de publicité donnée au jugement et non à la transcription. La discussion à ce point de vue est plus probante en faveur du second système que du premier : il n'y a qu'à peser les termes de la déclaration de M. Labiche. « La Commission extraparlamentaire, dit-il, a pensé qu'il n'était pas indifférent de prévenir les tiers de l'existence d'une action qui vraisemblablement, — je dis « vraisemblablement », je pourrais dire « presque toujours », — *allait aboutir* à une séparation des intérêts des époux. En général en effet, on ne poursuit pas les demandes en divorce pour laisser les jugements obtenus avec tant de peine tomber en désuétude. Votre Commission a pensé également que, quand la désunion des époux avait *déjà* reçu la consécration de justice, il était intéressant pour les tiers de savoir que dans un temps qui ne peut être très éloigné

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 57, n° 34.

puisque le délai maximum où le divorce DEVIENDRA IRRÉVOCABLE est de deux mois, la séparation d'intérêts des époux pouvait devenir un FAIT ACCOMPLI. Donc, si la publicité dont il s'agit n'est pas toujours indispensable, il faut reconnaître que dans bien des cas elle peut être au moins utile pour sauvegarder les droits des tiers ; votre commission a donc été d'avis qu'il n'était pas superflu d'insérer dans la loi la disposition qu'elle propose à votre approbation (1). »

Après avoir réfuté les principaux arguments du premier système, essayons de lui adresser une critique plus directe.

Nous ferons valoir en première ligne des considérations touchant à l'intérêt des tiers, à l'ordre social. « Attendu que, dans la matière qui règle l'état et la capacité des personnes, porte le jugement du Tribunal civil de la Seine du 29 novembre 1888, et qui touche essentiellement à l'ordre public, la rétroactivité présente de graves inconvénients, même des dangers ; que pour les époux, les tiers et aussi dans l'intérêt général, il importe au plus haut degré que les effets du mariage cessent à partir d'un moment précis et déterminé et ne restent pas en suspens pendant une période de temps plus ou moins longue ; — Attendu que toutes les voies de recours étant ouvertes contre un jugement de divorce et le pourvoi en cassation étant suspensif, le jugement de première instance et la transcription peu-

(1) Sénat, 22 décembre 1885. — *J. Off.*, 23 décembre, déb. parlem., p 1302.

vent être séparés par un intervalle de temps fort long ; que par conséquent avec la rétroactivité, si, durant cette période, la femme s'engage avec des tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire valider ou invalider leur engagement en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement définitif ; si les époux manquent à la foi conjugale, on devra attendre la transcription pour décider si leur conduite est ou non délictueuse ; que la même incertitude planera sur la légitimité des enfants qui seraient conçus et nés dans cette période, et que la femme, sûre à l'avance que le divorce sera prononcé, pourra compromettre son avenir et celui de ses enfants en vendant ses biens à vil prix ; — Attendu que cette incertitude et ces éventualités ne pouvaient se produire sous les régimes antérieurs et qu'il est difficile d'admettre que le législateur de 1886 ait voulu inaugurer un pareil système, alors surtout qu'il n'avait d'autre but que de faire une simple loi de procédure ; que, s'agissant de l'état des époux, cet état ne doit pas et ne peut pas être un seul moment dans le vague ; qu'il faut à tous égards, dans l'intérêt privé comme dans l'intérêt public, qu'après le jugement définitif de divorce, le mariage existe encore..... »

Ajouter des commentaires à ces considérants serait en atténuer la force.

Sans doute, il est parfois dangereux de rejeter une solution sous prétexte qu'elle offre des inconvénients pratiques. Mais ici, on ne peut pas nous opposer la maxime *statuit lex* ; la question n'est tranchée catégoriquement par aucun texte. Nous avons donc le

droit de rechercher les intentions du législateur de 1886. Plus les inconvénients du système de rétroactivité nous apparaîtront sérieux, plus il y aura lieu de croire que la loi n'a pas voulu le consacrer.

En général d'ailleurs, en doctrine et en jurisprudence, on hésite, à juste titre, à admettre une rétroactivité sans texte ; on redoute les situations incertaines, partant trompeuses. La rétroactivité ne se présume pas. A nos adversaires de prouver qu'une simple loi de procédure (comme dit le jugement précité) a modifié le régime antérieur et voulu de telles conséquences.

Les partisans du premier système paraissent n'avoir pas compris la force de l'argument. Pour eux, des inconvénients analogues peuvent être relevés lorsqu'on fait de la transcription le point de départ des effets du divorce.

Voici ce que dit à ce sujet M. Danion dans ses conclusions (1) : « Si l'état de la femme est certain jusqu'à la transcription, à la différence de ce qui existe dans le système de la rétroactivité, la date à laquelle cet état changera est beaucoup plus incertaine, puisque la transcription peut être avancée ou retardée, non seulement par les époux, mais encore par des circonstances indépendantes de leurs volontés ; tandis que le jugement a une date fixe que les époux et les événements ne peuvent changer.

» Ainsi, aux termes de l'article 252 de la loi de 1886, l'officier de l'état civil a cinq jours, à dater de la réquisition, pour faire la transcription. La date

(1) Conclusions de M. le substitut Danion. *Le Droit*, 1^{er} janvier 1889.

de la dissolution du mariage dépendra donc de l'arbitraire du maire pendant ce délai. Il pourra même dépendre de sa négligence plus ou moins grande que le divorce prononcé par le tribunal produise ou non effet. Si l'un des époux meurt après la réquisition et avant la transcription, le mariage n'aura jamais été dissous.

» De même encore, il peut arriver que des circonstances de force majeure, de simples erreurs ou négligences mettent les époux dans l'impossibilité de requérir la transcription en temps utile : grosse du jugement retenue arbitrairement par une tierce personne qui refuse de s'en dessaisir (Cour de Paris, 30 mai 1888) (1); réquisition adressée par erreur à un officier d'état civil incompétent (Tribunal Seine, 1^{re} chambre, 8 mars 1887) (2); oubli d'un huissier (Tribunal Seine, 7^e chambre, 28 juin 1888).

Dans ces derniers cas, les époux divorcés n'en courent pas la déchéance édictée par l'article 252, puisque aucune faute ne leur est imputable et qu'ils ne peuvent être présumés avoir renoncé au bénéfice du jugement. Mais les délais étant expirés, l'officier de l'état civil ne pourra transcrire que sur le vu d'un nouveau jugement l'y autorisant, et la date de la dissolution du mariage se trouvera ainsi retardée (3). »

(1) S. 88. 2. 197.

(2) S. 88. 2. 197.

(3) On observera que M. Danion considère comme établies des règles fort contestées. — D'après l'opinion courante, l'officier de l'état civil doit transcrire, on le sait, le cinquième jour de la réquisition et non dans les cinq jours.

D'autre part, tous les auteurs ne sont pas d'accord pour admettre

M. Danion fait encore remarquer que tout débat judiciaire comporte une période d'incertitude, qu'après le jugement on ne sait ni s'il y aura appel, ni quel en sera le résultat.

Répondons à ce plaidoyer que le grand danger ne consiste pas dans l'incertitude qui plane sur la fixation du moment de la dissolution du mariage. On ne sait pas quand la réquisition de transcription sera adressée au maire et s'il y obtempérera de suite. Soit, mais cet inconvénient ne subsiste-t-il pas aussi lorsque le mariage est dissous par la mort d'un des époux ? On n'en connaît ni le jour ni l'heure à l'avance.

Le danger ne naît qu'avec l'admission de la rétroactivité. Pendant une longue période, les tiers ignorent s'ils se trouvent en présence d'une personne libre ou engagée dans les liens du mariage. Ce doute supprime toute sécurité dans les relations sociales.

Tandis qu'au contraire, avec le second système, on peut définir à toute époque de la période intermédiaire la situation du demandeur et du défendeur en divorce. Jusqu'à la transcription, ils sont époux. Pas de difficulté pour savoir s'ils sont ou non capables ; nulle incertitude au sujet de la légitimité des enfants conçus des œuvres du mari et de la femme, nulle hésitation pour la répression de l'adultère. On coupe court enfin à des combinaisons frauduleuses comme celles que suppose M. Hitier (1).

la possibilité d'une transcription après l'expiration du délai de deux mois qui suit le jour où la décision judiciaire est devenue définitive.

(1) Hitier, *Développement de jurisprudence en matière de divorce*, p. 53.

Cet auteur prévoit une entente entre les époux dans le but de frustrer les tiers. C'est ainsi, dit-il, qu'on leur ferait croire que la transcription va être demandée. La femme emprunterait, puis laisserait s'écouler le délai de transcription. Elle opposerait alors aux tiers le défaut d'autorisation maritale, quitte à partager le bénéfice de son dol avec le conjoint complice.

En fait, l'hypothèse est loin d'être invraisemblable. Il y a, malgré les précautions de la loi et du juge, plus d'un divorce par consentement mutuel.

Les auteurs de la loi de 1884 n'auraient certes pas considéré comme chimérique le danger que signale M. Hitier. N'est-ce pas pour empêcher des divorces nés de combinaisons d'ordre pécuniaire qu'ils ont voté le deuxième alinéa de l'article 295 ?

S'il est permis de juger d'une doctrine par ses conséquences, le système de la rétroactivité paraît donc détestable à tous points de vue. Le législateur l'eût-il consacré, il faudrait admettre qu'il a agi avec peu de réflexion, sans avoir compris la portée pratique d'un tel système !

Les partisans du second système ajoutent à ces considérations un argument de texte. L'article 244, § 3, décide que « l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

Si le mariage était dissous au jour du jugement, il ne pourrait être dissous par la mort. On aurait le droit de vivifier la prononciation du divorce par un acte d'exécution; le conjoint survivant pourrait

obtenir l'état d'époux divorcé en faisant opérer la transcription.

Ces deux modes de dissolution de mariage sont loin d'avoir les mêmes effets. Le veuf ou la veuve hérite de son conjoint, l'époux divorcé n'hérite pas; le droit à une pension alimentaire n'est jamais accordé à l'époux contre qui le divorce a été prononcé. D'autres différences encore résultent de l'article 299 du Code civil.

Si le législateur refuse au survivant le droit de rendre le divorce irrévocable par la transcription, ce n'est pas qu'il l'ait considérée comme une formalité ne présentant aucun avantage pour celui qui la requiert et de nature à empêcher l'oubli et l'apaisement qui doivent se produire en présence d'une tombe.

Le raisonnement qu'ont dû faire les auteurs de l'article 244, § 3, est plutôt le suivant : le divorce n'étant parfait qu'une fois la transcription opérée, si l'un des époux vient à mourir postérieurement au jugement et antérieurement à la transcription, le mariage sera dissous par cette mort. Le mariage dissous ne peut l'être ultérieurement une seconde fois. Au surplus l'emploi de ces termes « action en divorce » révèle bien leur pensée. La prononciation a beau être faite ; tant que le dernier acte de la procédure n'est pas accompli, il n'y a pas de divorce, mais une action en divorce : l'œuvre inachevée ne compte pas.

L'argument n'a pas convaincu les défenseurs du premier système qui expliquent notre texte d'une façon différente. « Si le législateur, dit à ce sujet

M. Danion, a enlevé à l'époux survivant le droit de faire transcrire et de faire ainsi rétroagir la dissolution du mariage au jour du jugement, c'est qu'il a été dominé par cette idée *qu'une réconciliation se-rait encore possible après le jugement....* Il eût méconnu le but qu'il poursuivait s'il avait accordé à l'époux survivant le droit de faire transcrire, parce que si l'époux décédé avait vécu, une réconciliation se serait peut-être produite. »

Certains auteurs qui admettent pourtant notre système paraissent néanmoins admettre cette explication de l'article 244. — M. Coste déclare que notre article est emprunté aux théories de la jurisprudence en matière de séparation de corps. D'après la jurisprudence, en effet, le décès de l'un des époux anéantit même le jugement prononçant la séparation si ce jugement n'est pas encore devenu irrévocable (1).

Soit; mais cela ne diminue en rien la solidité de l'argument. En matière de séparation de corps, la jurisprudence a pensé, comme le législateur en matière de divorce, que le changement d'état n'était possible que lorsqu'on avait satisfait à toutes les exigences de la procédure, que lorsque le dernier délai était passé et le dernier acte accompli.

Pour notre part, nous ne saurions nous contenter de l'explication de M. Danion. On peut d'ailleurs douter qu'une réconciliation se fût produite si le défunt eût vécu. A l'heure actuelle, le droit de requérir la transcription appartient aux deux époux;

(1) Metz : 6 mars 1872. — Bordeaux : 27 janvier 1873 (S. 73. 2. 15 et 267). — Comparer Massigli, *Rev. crit.*, 1890.

à supposer que le défunt eût désiré y renoncer, l'autre était libre de ne pas l'imiter.

La question se pose donc ainsi : Doit-on repousser la réquisition faite par l'époux survivant, sous prétexte que son conjoint aurait pu le faire revenir sur sa détermination s'il était encore de ce monde ? Nous ne croyons pas que ce soit soutenable.

Si la transcription n'est pas autorisée, c'est parce que le décès d'une des parties a déjà rompu le mariage qui subsistait malgré le jugement de divorce. Le législateur a pensé que le divorce était un *extremum subsidium* qu'on devait accorder à regret à celui qui désirait s'affranchir d'une union devenue intolérable. L'action en divorce tombera donc s'il existe un autre moyen de rompre le mariage.

Nous retrouvons les traces d'une pensée analogue dans l'article 314 C. civ. : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari..... 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable. » La nature s'est chargée de donner satisfaction au désir du mari ; l'enfant adultérin ne portera pas son nom et ne sera pas à sa charge. Il est donc raisonnable d'empêcher qu'une flétrissure frappe la mère et d'étouffer ainsi un scandale public. — Dans l'hypothèse de l'article 244, § 3, on a voulu également éviter une flétrissure et un scandale dont l'utilité, en présence du décès d'un des époux, devenait minime.

Doit-on joindre à l'argument tiré de l'article 244, un autre argument basé sur l'article 252 *in fine* ?

Certains auteurs l'ont fait. « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets *entre époux* au

jour de la demande. » *A contrario*, disent-ils dans le silence de la loi, en ce qui concerne les tiers, le jugement n'a d'effet à leur égard qu'à dater de la transcription.

Nous avouons ne pas bien saisir le raisonnement. L'argument *a contrario* ne nous donne que ceci : quant à ses effets à l'égard des tiers, le jugement dûment transcrit ne remonte pas au jour de la demande. Nous ne savons donc quel sera le point de départ de ces effets ; le jour de la prononciation ou celui de la transcription ?

En revanche, il serait permis d'insister, nous l'avons déjà fait remarquer, sur l'expression : « jugement dûment transcrit », indiquant que le jugement est bien l'acte qui produit les effets du divorce, la chose capitale, la transcription n'étant que l'accessoire. Le jugement, *à condition* qu'il soit transcrit...

Ces diverses interprétations nous semblent un peu subtiles pour que le législateur s'y soit arrêté.

Il est plus simple et plus vrai de déclarer que l'article 252 *in fine* ne concerne pas notre question ; écartons-le donc du débat.

Pour justifier le second système, on invoque en troisième lieu les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886. Les partisans de la rétroactivité paraissent se rendre compte qu'ils ne leur sont pas très favorables ; aussi en général en parlent-ils peu. M. Danion, dans ses conclusions, a même affirmé, on se le rappelle, qu'ils sont d'une utilité médiocre. « Il me semble, dit-il, qu'on a eu surtout en vue d'établir que le jugement de divorce, une fois devenu

définitif d'après les règles ordinaires, ne le serait pas encore d'après les règles de la loi sur le divorce, qu'il ne deviendrait irrévocable que par la transcription, et que, s'il n'était pas transcrit dans les délais légaux, il serait de nul effet. »

Assurément il y a eu discussion à ce sujet, mais il est des mots décisifs qui indiquent qu'on voulait donner à la réforme une portée plus grande encore.

Jetons un coup d'œil sur l'exposé des motifs de la loi, présenté au Sénat le 11 juin 1885, par M. Brisson, alors garde des sceaux.

Nous y trouvons, à propos de la substitution de la transcription à l'ancienne cérémonie de la prononciation, cette phrase : « La nature de cette formalité est seule modifiée ; les effets en subsistent (1). » Donc, point d'innovation ; avant la loi pas de rétroactivité, après la loi il n'y en aura pas davantage. Le divorce avait été établi par la loi du 27 juillet 1884, qui déterminait les règles de fond sur la matière ; la loi du 18 avril 1886, comme son titre l'indique, est une loi sur la procédure du divorce, elle ne doit s'occuper en principe que de la forme. Or la question de la date de la dissolution du mariage est une question sur le fond, c'est indiscutable. Les auteurs de la loi de 1886 se sont attachés à maintenir la distinction. Des amendements de MM. Naquet et Léon Renault ont été écartés par une fin de non-recevoir, parce qu'ils n'en tenaient pas compte. Lorsqu'on discuta sur le droit de requérir

(1) Le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 29 novembre 1888, cite ce passage et le considère comme décisif.

la transcription, accordé par le projet à l'époux coupable comme à son conjoint, M. Paris soutint qu'on portait atteinte au principe, et le président du Conseil contesta que l'innovation portât sur le fond du droit.

Les défenseurs du premier système essayent de réfuter notre argument. « Qu'est-ce que l'exposé des motifs qu'on ne lit pas, dit M. Soulié, auprès de la discussion orale qui éclaire par le choc des opinions mêmes et qui ne permet pas, quant à elle, de douter du parti tout relatif qu'on en voulait tirer? »

C'est à notre avis se faire une singulière idée des habitudes parlementaires. L'exposé des motifs, qui est connu avant que les débats n'aient commencé, attire forcément l'attention des membres des Chambres. La commission chargée de l'examen du projet doit par conséquent en tenir le plus grand compte (1).

M. Soulié et M. Demangeat ajoutent que le passage de l'exposé des motifs a été inséré par *inadvertance*; ils relèvent cette critique dans le discours de M. Paris. Mais pour se rendre compte des choses, il faut se rappeler où en était alors la discussion du projet de loi. M. Paris attaquait le § 3 de l'article 252 qui, selon lui, créait une innovation funeste et qui, en tout cas, n'était pas du ressort d'une loi de procédure. Il rappelle à ce propos le passage de l'exposé

(1) M. Labiche, dans son rapport au Sénat, fait plusieurs fois allusion à des passages de l'exposé des motifs. (Voir Simonet, *Lois nouvelles*, 1886, p. 211.)

des motifs, « la nature de la formalité exigée est seule modifiée, les effets de la formalité subsistent », et il constate que la solution renfermée dans le § 3 de l'article 252 n'est pas conciliable avec le principe posé par le gouvernement. Il n'attaque pas le principe, mais il relève une violation dont il est menacé.

Pour nous, ce fragment du discours de M. Paris ne peut que servir la défense du deuxième système. Il démontre que le passage de l'exposé des motifs a attiré l'attention du Sénat, que la règle qu'il formulait était acceptée de tous à tel point que les adversaires du projet entendaient la défendre contre le gouvernement lui-même.

De l'exposé des motifs passons à la discussion en séance publique au Sénat.

Lors de la première délibération, M. Labiche déclare « qu'en réalité, avec le système proposé, c'est l'autorité judiciaire qui prononce définitivement », mais il ajoute : « ce qui semble une *anomalie* avec ce système, c'est que l'exécution de la décision restera subordonnée à l'accomplissement d'une formalité d'enregistrement confiée en fait non à l'officier d'état civil, mais au greffier, à l'arbitraire duquel on accorde un délai de huit jours pour rendre valable la décision judiciaire au jour, à l'heure qu'il lui plaira de choisir. »

Ceci est une réponse aux partisans du système de la rétroactivité qui trouvent extraordinaire que le jugement prononçant le divorce ne produise pas d'effet immédiat. Ils considèrent comme invraisemblable que le législateur ait admis une pareille solution. La chose pourtant existe ; la perspective d'une anomalie n'a pas effrayé le législateur.

Dans la discussion, d'autres passages sont encore plus probants.

M. Labiche reproche au gouvernement d'accorder à l'officier d'état civil un délai de huitaine pour opérer la transcription (1). — « Ainsi, pendant huit jours il dépendra de l'arbitraire d'un greffier de mairie de faire que le divorce prononcé par les tribunaux produise ou non effet. En cas de mort d'un des époux pendant le délai de huitaine, le divorce aura ou non existé suivant que le greffier aura été plus ou moins vigilant.

» Pendant ce délai, aucun des époux ne pourra connaître exactement sa situation, *savoir s'il est encore ou non dans les liens du mariage* (2).... »

La pensée de M. Labiche est claire : avant la transcription le mariage existe, après la transcription il est dissous. Il faut que le moment où l'on passera d'un état dans un autre ne soit pas laissé à l'arbitraire, qu'il soit connu de tous.

« Si la transcription n'a pas eu lieu dans la huitaine, le greffier sera en faute, le greffier sera puni, le mariage n'aura pas moins *continué à produire ses conséquences légales*. »

« Est-ce une chose excessive de demander, conformément au principe constitutif du mariage civil, d'exiger que la partie *qui sollicite la dissolution du mariage* compareaisse devant l'officier d'état civil dont la parole a constitué l'union légale des époux ? » —

(1) Nous verrons plus loin pourquoi ce délai n'a pas été reconnu par le texte définitif.

(2) Sénat, 1885; *J. Off.*, débats parl., p. 1295 et suiv.

« L'avantage de dispenser la partie requérante d'une comparution..... a-t-il assez d'importance pour compenser les inconvénients..... qui résulteraient..... de l'incertitude du jour, du moment précis de la dissolution du mariage? »

M. Labiche ne pense pas que la transcription ait un but et une utilité différente de l'ancienne prononciation par l'officier de l'état civil, mais pour lui la formalité du Code civil est plus en rapport avec ce but que la loi nouvelle. « Vous ne supprimez pas la formalité, vous substituez la transcription du jugement à l'acte de divorce. Laquelle est préférable, ou de celle que le législateur du Code avait édictée et qui présentait toutes les garanties de contrôle, de publicité ou de celle que vous avez imaginée?..... » — « Ne vaut-il pas mieux assigner à la dissolution du mariage un instant précis, incontestable, ainsi que le fait le régime du Code civil? »

Si le premier système avait été celui des auteurs de la loi, ne se serait-il trouvé personne au Sénat pour répondre à M. Labiche : mais l'instant précis de la dissolution, il est établi par le jugement qui prononce le divorce!

« Avec le nouveau système, il faut bien le constater, ce ne sera plus effectivement le maire, c'est le greffier qui prononcera le divorce..... » « On peut prévoir la fraude, la négligence du greffier; la transcription qui lui est confiée peut être inscrite rétroactivement. »

Si le point de départ des effets du divorce était le jour du jugement, il y a lieu de se demander dans quel but serait faite cette inscription rétroactive

que redoute M. Labiche, à qui pourrait-elle profiter et quels droits seraient lésés?

Au contraire, si le point de départ est la transcription, on aperçoit facilement la possibilité de la fraude avec la rédaction primitive de l'art. 252, § 2. La femme a contracté sans autorisation le 2 mai, la transcription a été opérée le 7, le contrat est donc nul, le mariage subsistant jusqu'à ce jour. Pour le rendre valable, ne sera-t-on pas tenté de s'entendre avec le greffier pour faire antidater la transcription?

L'art. 252, § 2 *in fine*, a été modifié dans l'intervalle de temps qui sépare les deux délibérations, « désormais la transcription est faite à date fixe, le cinquième jour de la réquisition. »

Il est à supposer que le changement a été effectué pour les raisons données par le rapporteur, et que le Sénat a partagé ses vues sur la nature de la réforme proposée par le gouvernement, en un mot, qu'il a considéré, lui aussi, que la transcription dissoudrait le mariage comme la prononciation par l'officier de l'état civil.

Si nous passons du discours de M. Labiche à la réponse faite par M. Brisson, garde des sceaux, nous trouvons encore des arguments en faveur du second système.

M. Brisson, défendant son projet de loi, explique les motifs qu'il y a de préférer une simple transcription à la prononciation du divorce par l'officier public prescrite par le Code. « Mais, dit-il, cette modification à la loi actuelle ne me semble pas du tout toucher le fond. » — Se serait-il exprimé ainsi s'il eût

eu la pensée que le point de départ des effets du divorce était changé?

Et plus loin il ajoute : « La disposition dont il s'agit en ce moment organise la manière dont le divorce sera porté à la connaissance du public et deviendra désormais un *fait positif* et irrévocable (1). »

— Ainsi donc, avant la transcription le divorce n'existe, pour ainsi dire, qu'à l'état virtuel. On ne doit en tenir compte pratiquement qu'à compter de la transcription.

Enfin M. de Gavardie, sénateur, déclare que le projet est antijuridique. « Cette simple transcription, comment pourrait-elle effacer un acte qui est né de la puissance même de la loi ? Car enfin, depuis quand avez-vous vu qu'une transcription pût annuler un acte ? »

Avant de terminer l'étude des travaux préparatoires relatifs à l'article 251, examinons un argument qui a été présenté par les défenseurs du système de la rétroactivité au jour du jugement. Son examen trouve sa place ici, dans l'étude des documents parlementaires.

Le législateur de 1886, dit-on, a modifié les attributions du tribunal qui *n'admet plus* le divorce, mais le *prononce*, comme autrefois l'officier d'état civil. Pourquoi cette modification ? Il y a un motif de fait : la comparution des parties devant le maire donnait lieu à des scènes scandaleuses. Mais à côté du motif de fait il y a un motif de droit. Il convient dans une législation qui n'admet plus le divorce

(1) *J. Off.*, Sénat, 13 décembre 1885, p. 1299 et suiv.

par consentement mutuel, mais seulement le divorce pour cause déterminée, de faire rompre le mariage par les tribunaux, comme on le fait pour un contrat.

M. Danion, oublieux des déclarations qu'il a faites, invoque pour étayer cette doctrine, les travaux préparatoires dont il extrait deux phrases qui nous sont connues, l'une de M. Brisson, l'autre de M. Allou, président de la commission (1).

Mais ces phrases n'ont pas la portée qu'on veut leur attribuer. Celle de M. Allou paraît vague : « Les juges ont rendu un arrêt, voilà la situation fixée ; est-ce qu'il n'y a pas même là une certaine dignité pour la justice, à s'arrêter à la décision qu'elle a prise ? »

Celle de M. Brisson est plus nette : « Pourquoi maintenir une disposition qui est en somme une exception à ce principe qui veut qu'un jugement ou arrêt définitif comporte *l'exécution immédiate* ? »

Si l'on envisage l'état de la discussion parlementaire au moment où ces phrases furent prononcées, l'explication de l'une ne sera pas plus difficile que celle de l'autre. M. Labiche venait de défendre le régime du Code civil, de proclamer la nécessité d'un acte de divorce. M. Allou prétend qu'on rabaisse le rôle de la justice en lui demandant une simple autorisation ; celle de se présenter devant le maire. Certes, il ne songeait guère au point de départ des effets du divorce ! Pour s'en convaincre, on n'a qu'à écouter la phrase qui suit celle que cite

(1) Débats parl. ; Sénat, 13 décembre 1885, p. 1298.

M. Danion : « Et cette décision ne serait qu'une décision d'attente, qui se complèterait en s'affirmant par l'intervention du magistrat administratif ? Ce n'est pas possible. »

M. Brisson n'a pas voulu dire autre chose que le président de la commission. Il trouve singulier que sous le régime du Code civil, la décision du tribunal ne soit pas *exécutoire* par elle-même, qu'elle soit soumise en quelque sorte à l'*exequatur* d'un magistrat municipal.

D'ailleurs, le motif de droit dont parle M. Danion n'aurait été invoqué qu'incidemment, ce n'est pas lui qui a décidé le gouvernement à substituer la transcription du jugement à l'acte de divorce. Ce n'est pas lui davantage qui a décidé le Sénat à accepter la réforme. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se rappeler la longueur des développements consacrés aux inconvénients de l'acte de divorce, aux scènes scandaleuses que M. Allou a évoquées, au sujet desquelles il a accumulé les détails. Qu'on songe aussi aux nombreuses critiques adressées par les jurisconsultes à l'ancien article 264 (1), aux vœux formulés par les maires des grandes villes pour sa suppression. On ne doutera plus que la réforme a été une réforme de pure procédure, qu'on ne songeait nullement à modifier les effets de la formalité en en changeant la nature.

Passons à la discussion de l'article 252. Nous avons moins à relever. Tout le débat a porté sur la

(1) Voir l'article très documenté de M. Beurdeley, maire adjoint du dix-huitième arrondissement de Paris. (Journal *le Droit*, 16 octobre 1884.)

question de savoir si l'on devait permettre au défendeur de faire transcrire le jugement de divorce à défaut du demandeur.

A noter cependant quelques mots très nets de M. le sénateur Griffé : « La transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est surtout édictée dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître. *C'est la transcription qui la fixe* (1). » A l'affirmation de ce principe, aucune voix ne s'est élevée au Sénat pour protester. Dans la discussion de la loi sur la procédure du divorce, les digressions ont été nombreuses ; on a parlé souvent sur des points de droit ayant un rapport assez éloigné avec la question. Une phrase conçue en termes aussi nets n'aurait pas passé si elle n'avait répondu au sentiment unanime de l'Assemblée !

Arrivons à la seconde délibération de la loi au Sénat.

Dans la discussion de l'article 250, M. Griffé s'opposa à ce qu'on donnât une publicité quelconque au jugement ou à l'arrêt de divorce ; selon lui c'était inutile. « Si une publicité pouvait être utile, c'est celle non du jugement ou de l'arrêt qui *autorise* le divorce, mais bien celle de la transcription du dispositif de ces décisions judiciaires sur les registres de l'état civil. Or ce qu'on vous propose de publier et d'afficher, c'est le jugement ou l'arrêt et non cette transcription.... A quoi bon faire connaître

(1) *J. Off.*, 13 décembre 1885. Débats parl., p. 1299.

le jugement de divorce et surtout pourquoi leur faire connaître ce jugement avant la transcription nécessaire sur les registres de l'état civil?... Sans cette transcription le divorce n'existe pas encore ; pourquoi donc le rendre public (1) ? »

M. Soulié, nous l'avons vu, partisan du premier système, tira argument de ce que l'avis de M. Griffe n'avait pas prévalu. — Le texte proposé par la commission fut en effet adopté malgré lui et devint l'article 250. Mais cet insuccès implique-t-il qu'on fixait la dissolution du mariage au jour de la prononciation du divorce par le tribunal? Non certes. Écoutons la réponse faite à M. Griffe par le rapporteur : « La commission a pensé qu'il n'était pas indifférent de prévenir les tiers de l'existence d'une *action* qui vraisemblablement, — je dis « vraisemblablement, » je pourrais dire « presque toujours », — *allait aboutir* à une séparation des intérêts des époux..... Il était intéressant pour les tiers de savoir que, dans un temps qui ne peut être très éloigné, la séparation d'intérêts des époux pouvait devenir un fait accompli..... Il est incontestable que le divorce va amener une situation légale absolument différente; il est bon que les tiers soient prévenus que l'on est à *la veille de la consécration de cette situation nouvelle* par la transcription sur les registres de l'état civil (2). »

M. Griffe prétendait qu'une publication antérieure

(1) Sénat, 22 décembre 1885. — *J. Off.* du 23. Débats parl., p. 1302.

(2) Sénat, séance du 22 décembre 1885. *J. Off.* du 23 décembre. Débats parl., p. 1302 et suiv.

à la dissolution du mariage était inutile; M. Labiche soutint qu'il est indispensable de donner un aversissement aux tiers pour qu'ils prennent leurs précautions avant « le fait accompli ».

Cette divergence d'opinions fait mieux ressortir l'accord des deux sénateurs sur le point de départ des effets du divorce.

L'article 251 fut en seconde délibération voté sans débats.

Au sujet de l'article 252, il y eut un échange d'observations entre MM. de Gavardie, Labiche et Batbie en ce qui concerne le sens à donner au dernier paragraphe. M. Labiche expliqua qu'en établissant la rétroactivité au jour de la demande pour certains effets du divorce, il s'agissait de prévenir des fraudes. « L'innovation a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera *définitive* et où par conséquent elle produit *seulement effet* aujourd'hui. »

Nous avons évoqué ce texte de la discussion pour établir la portée de l'article 252 *in fine*; nous y avons recours à nouveau, car il prouve formellement que la décision qui prononce le divorce ne produit pas d'effet tout de suite, mais seulement du jour où elle est « *définitive* », c'est-à-dire transcrite.

Cette phrase du rapporteur est d'autant mieux faite pour attirer l'attention qu'il parle également dans ses explications des effets de la séparation de

corps qui ont pour point de départ le prononcé du jugement. Il est clair qu'il a voulu repousser une assimilation qu'on aurait été tenté de faire.

Quittons maintenant l'étude des travaux préparatoires.

En faveur du deuxième système, on peut, croyons-nous, joindre encore un argument. Le législateur, en établissant la transcription en matière de divorce, s'est presque exclusivement préoccupé de l'intérêt des tiers. Il a pensé que toute autre publicité donnée au divorce était insuffisante (affiches, insertions dans les journaux). Il importait que nul intéressé ne pût invoquer légalement son ignorance du changement d'état. Nous en concluons que le divorce ne saurait produire effet à l'encontre des tiers qu'à la date de la transcription. Ils peuvent invoquer une présomption d'ignorance n'admettant pas de preuve contraire pour tous les actes et faits antérieurs. Placer au jour du jugement la dissolution du mariage à l'égard des tiers, ce ne serait donc pas seulement méconnaître des intérêts respectables, mais violer des droits acquis.

Comme d'autre part on ne saurait logiquement adopter une date différente en ce qui concerne le point de départ des effets du divorce entre époux (exception faite pour ceux visés par l'article 252 *in fine*) et celui de ses effets à l'égard des tiers, on est contraint de fixer la date de la dissolution du mariage au jour de la transcription.

Qu'il nous soit permis pour appuyer ce raisonnement de hasarder un rapprochement entre la transcription des jugements de divorce et la trans-

cription requise en matière de transmissions immobilières.

Cette dernière est une condition essentielle de l'efficacité de la transmission de la propriété à l'égard des tiers. La convention intervenue entre acheteur et vendeur par exemple, est lettre morte à leur égard, si elle n'a été vivifiée par la transcription de l'acte de vente sur les registres à ce destinés. Chose à noter, la formalité accomplie, il n'y a pas de rétroactivité au jour où la convention a été conclue. Et pourquoi? les travaux préparatoires de la loi du 23 mars 1855 nous l'apprennent. « Grâce au rétablissement de la transcription, l'état civil de la propriété aura ses registres comme l'état civil des personnes; son existence pourra être toujours connue, toujours suivie dans toutes les modifications qui peuvent en augmenter ou en diminuer la valeur (1). »

L'analogie des deux sortes de transcriptions se révèle clairement (2). Instituées dans le même but de publicité, elles doivent produire des conséquences de même nature.

M. Danion avait prévu cette comparaison; il la repousse : « Il n'y a, dit-il, aucune analogie possible entre la transcription hypothécaire et la transcription sur les registres de l'état civil. Lorsqu'un

(1) Rapport de M. de Belleyrne au Corps législatif. (Sirey, 1855, p. 27.)

(2) Ne pourrait-on pas faire aussi un rapprochement entre notre transcription et l'inscription d'une hypothèque judiciaire? Cette hypothèque, créée par le jugement, n'a cependant de rang que du jour de son inscription.

acte de vente par exemple, est transcrit au bureau des hypothèques, on comprend que cet acte soit réputé connu des tiers, parce que lorsqu'un tiers veut connaître la situation d'un immeuble, il lui suffit de s'adresser au bureau des hypothèques de l'arrondissement où se trouve cet immeuble, comme on s'adresse au greffe du tribunal de l'arrondissement où un individu est né lorsqu'on veut connaître ses antécédents judiciaires. Dans les deux cas, il y a une organisation *ad hoc*.

» Mais on ne comprendrait pas que la transcription d'un jugement de divorce sur les registres de l'état civil eût pour principal objet de le rendre opposable aux tiers, parce que les tiers n'ont aucun moyen de s'assurer de l'existence de cette transcription. Ils savent bien, la loi le dit, qu'elle doit être faite sur les registres du lieu où le mariage a été célébré. Mais ils ne savent où ce mariage a été célébré et par conséquent sont dans l'impossibilité de procéder à une vérification. Ce qu'il faudrait, c'est un casier civil à l'instar du casier judiciaire. Il faudrait que tout individu eût au greffe du tribunal de l'arrondissement où il est né un casier faisant connaître les modifications qui se produisent dans son état civil : s'il est émancipé, majeur, marié, divorcé, interdit, etc. Il suffirait alors de s'adresser au greffe de ce tribunal pour être renseigné sur sa véritable situation..... Au point de vue du divorce, le casier civil ne serait même pas indispensable. Il suffirait qu'on exigeât la mention du mariage en marge de l'acte de naissance. Par l'acte de naissance qu'on peut toujours se procurer, on connaîtrait le mariage,

et par l'acte de mariage on connaîtrait le divorce.....

» On pourrait alors admettre que la transcription ainsi entourée d'une publicité, ait été édictée dans l'intérêt des tiers..... Il y a donc lieu de penser que le législateur a exigé la transcription dans certains délais, à peine de nullité, bien plus pour assurer la fixité de l'état civil et indiquer le moment à partir duquel le jugement de divorce deviendrait irrévocable que pour en prévenir les tiers. — C'est ce qui ressort d'une observation présentée au Sénat par M. Mazeau lors de la discussion de l'article 244 *in fine*, observation tendant à faire ajouter au mot « transcription » les mots « sur les registres de » l'état civil. » — « Le mot transcription, dans la » langue du droit, dit M. Mazeau, a un tout autre » sens; il est nécessaire d'indiquer qu'il s'agit de la » transcription sur les registres de l'état civil. » (Sénat, *Officiel* du 23 décembre 1885.)

L'argument tiré des paroles de M. Mazeau est bien faible! il n'y a pas eu au Sénat de discussion de fond à propos de l'article 244 *in fine*; lors de la seconde délibération de la loi, quelques observations ont été échangées au sujet seulement de la clarté du texte de la Commission. Ce texte portait : « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable. » M. de Gavardie, pour préciser, fit ajouter : « par la transcription », et M. Mazeau : « sur les registres de l'état civil. » — Les deux sénateurs voulaient une rédaction nette, ne donnant prise à aucune confusion. M. Mazeau a fait remarquer

que dans le langage courant, lorsqu'on parlait de la transcription, on songeait d'habitude à la transcription en matière hypothécaire. Il a craint que l'expression fût mal comprise des personnes ayant une instruction juridique peu suffisante. Mais il n'a pas voulu établir entre les deux sortes de transcriptions une comparaison. Les quelques mots qu'il a prononcés n'eussent point suffi !

M. Danion, pour démontrer la différence absolue des deux transcriptions, soutient que les tiers n'ont aucun moyen de s'assurer de la transcription du jugement de divorce, alors qu'au contraire la transcription en matière d'hypothèque est toujours facile à connaître. A cela nous répondons qu'en pratique on a souvent des indications sur le lieu de mariage des époux. Lorsqu'il s'agira d'actes à passer, les tiers pourront préalablement exiger ces indications des époux eux-mêmes. Du reste, si l'on connaît le lieu de naissance d'un des époux, le lieu de la célébration du mariage est facile à trouver aujourd'hui. La loi du 17 août 1897 prescrit aux officiers de l'état civil de faire opérer la mention du mariage en marge de l'acte de naissance.

On a donné satisfaction au désir de M. Danion. Rappelons qu'il n'aurait pas hésité, il le déclare formellement, à admettre que la transcription était édictée dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire à sacrifier son système si l'état de choses actuel avait existé au moment où le Tribunal de la Seine a dû se prononcer ! L'objection qu'on pouvait présenter en 1888 n'aurait donc plus de raison d'être aujourd'hui.

A notre avis, la même pensée a dû présider à l'éta-

blissement des deux institutions. En admettant même que des obstacles pratiques (une personne se déplace et quitte souvent le lieu de sa naissance, un immeuble ne se dérobe pas) empêchent que l'une de ces institutions fournisse aussi facilement que l'autre les renseignements qu'on désire, on ne saurait voir dans ce fait une différence de nature entre elles. La transcription du divorce comme l'autre est établie dans l'intérêt des tiers. Qu'on se reporte aux paroles de M. Griffe en première délibération de l'article 252, citées il y a un instant ! La loi présume que le divorce ne sera connu qu'après la transcription ; il n'existe donc à l'égard des tiers qu'à compter de sa date.

Voyons rapidement les applications de notre système en jurisprudence.

Par un jugement du 29 novembre 1888, cité plus haut, le Tribunal civil de la Seine a décidé que les actes passés par la femme sans l'autorisation de son mari dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre le jugement et sa transcription, sont nuls et que la femme est fondée à opposer cette nullité.

Un autre jugement du même siège, en date du 15 mars 1891 (*Pand. fr.* 94. 2. 306), déclare que le délai de trois mois et quarante jours imparti à la femme commune en biens pour faire inventaire et délibérer sur l'acceptation de la communauté, ne court qu'à partir de la transcription du divorce (1).

Le Tribunal civil de Brioude, par jugement du

(1) Sur cette question, arrêt en ce sens. de la Cour de Paris, 5^e chambre, du 12 janvier 1892. (*Pand. fr.* 92. 2. 353.)

18 mars 1891 (*Pand. fr.* 91. 2. 306), considère que la dissolution du mariage, en ce qui concerne la capacité de la femme, date seulement du jour de la transcription. — L'espèce était curieuse. Un jugement du 22 mars 1889 avait prononcé le divorce d'entre les époux X..., il ne fut transcrit que le 7 juin suivant. Le 23 avril, la dame X..., agissant sans le concours de son mari, constitua le sieur B... pour son mandataire à l'effet de consentir à son fils mineur une donation de tout ou partie de ses reprises matrimoniales; suivant acte notarié du 26 mai, B... fit donation au mineur représenté par son père acceptant pour lui du montant intégral des reprises de la mandante.

Postérieurement, la dame X... contracta un second mariage et, regrettant sa libéralité, fit valoir qu'elle avait agi sans autorisation maritale, puisque son premier mariage n'avait pas été dissous avant la transcription du jugement de divorce.

Le Tribunal déclara nulle la donation. Il pose en principe qu'en effet le mariage n'est dissous que par la transcription; il invoque la nécessité d'établir un moment précis comme point de départ des effets du divorce « dans l'intérêt des tiers, des époux, et dans l'intérêt général. » Critiquant le système de la rétroactivité au jour du jugement, il ajoute : « Attendu que ce système laisse dans le vague l'état des époux; qu'il blesse la raison et la morale; qu'il constitue une telle modification de la législation antérieure, qu'il aurait été formulé nettement par le législateur si celui-ci, en modifiant la formalité de la transcription, avait voulu en changer les effets; mais

que telle n'a pas été son intention puisqu'on lit dans l'exposé des motifs au sujet de la transcription : « La nature de cette formalité est seule modifiée ; les » effets en subsistent..... » Appel de la décision fut interjeté, mais elle fut confirmée avec adoption des motifs par un arrêt de la Cour de Riom, du 5 avril 1892. Puis pourvoi en cassation de la part du mari divorcé. La Cour suprême, par son arrêt du 18 avril 1893, rejeta le pourvoi (1).

Citons l'arrêt de la Cour de Limoges du 21 mars 1895 (S. 95. 2. 297), infirmant un jugement en sens contraire du Tribunal correctionnel de Saint-Yrieix. La Cour, revenant sur son ancienne jurisprudence (2), décide que l'adultère commis par un époux est punissable, alors même qu'il existe un jugement non encore transcrit prononçant le divorce d'entre les conjoints. Elle fait remarquer notamment : « que l'officier de l'état civil est, malgré la décision prononçant le divorce, tenu de délivrer des expéditions de l'acte de mariage, comme si la sentence de dissolution n'existait pas. »

Un arrêt de la première chambre de la Cour de Paris, rendu le 13 décembre 1895 (D. P. 96. 2. 418), déclare que l'obligation réciproque de secours et d'assistance imposée aux époux par l'article 212 du Code civil, doit être remplie jusqu'au jour où la décision judiciaire qui a prononcé le divorce est devenue définitive par la transcription. Par consé-

(1) D. P. 94. 1. 67. Voir le rapport fort intéressant de M. le conseiller Denis sur cette affaire.

(2) Voir Limoges, 26 novembre 1887, précité. (S. 1889. 2. 129.)

quent, selon elle, un époux ne saurait réclamer la restitution des sommes qu'il a payées à son conjoint à titre de pension alimentaire pendant l'instance en divorce. Le jugement rendu dans cette affaire par le Tribunal de la Seine était contraire. Il accordait une restitution, non seulement des termes de pension payés à partir du jugement, mais de tous ceux payés du jour de la demande. Il y avait fausse application de l'article 252 *in fine*.

Notons encore un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 16 mai 1895, conforme celui-là aux vrais principes (1), d'après lequel le jour de la transcription et non le jour du jugement lui-même, sert de point de départ au délai de dix mois pendant lequel, aux termes de l'article 296 du Code civil, il existe pour la femme divorcée un empêchement prohibitif du mariage. La décision est basée sur les motifs donnés ordinairement par les partisans de notre système, mais elle contient en outre un argument tout spécial : « Attendu que la prétention de la dame X... est manifestement contraire au texte de l'article 296 ; — Que cet article ne dit pas que le délai doit courir du jour où le divorce aura été prononcé, s'il est devenu définitif, ni même du jour où ce jugement sera devenu définitif, mais du jour où le divorce lui-même sera devenu définitif. Que, dans l'état actuel de la législation, le divorce ne devient définitif que par la transcription opérée après l'expiration des délais d'opposition et d'appel, puisqu'il est considéré comme nul et non avenu,

(1) Journal *le Droit*, 7 juillet 1895.

aux termes de l'article 252, s'il n'est pas transcrit dans les deux mois qui suivent l'expiration des délais; — Que le mariage subsiste donc, malgré le prononcé du divorce, non seulement jusqu'au jour où le jugement a cessé d'être susceptible d'un recours quelconque, mais jusqu'au jour où il est devenu irrévocable par la transcription..... »

A signaler enfin comme décision plus récente un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 9 janvier 1899 (1) au sujet d'un adultère commis entre la date de la prononciation du divorce et celle de la transcription. Dans ses considérants, nous signalerons une remarque fort juste et qu'il est utile de noter, étant donné qu'il s'agissait d'une instance correctionnelle : « Attendu en outre qu'il paraît contraire aux principes stricts du droit pénal qu'un délit puisse être soumis à une condition suspensive et potestative, telle que la transcription du jugement de divorce dépendant de la seule volonté d'un tiers ; qu'il doit exister ou ne pas exister à la date déterminée du fait susceptible de le constituer ; que l'intention qui est un des éléments constitutifs du délit doit pouvoir être appréciée en elle-même et d'une manière intrinsèque à l'époque précise à laquelle le délit est commis; — Attendu qu'on objecterait vainement qu'il s'agirait dans l'espèce d'un délit impossible à commettre, puisqu'au moment de la constatation du fait des relations intimes entre les prévenus le délit était possible en cas de transcription du jugement de divorce..... »

(1) *Pand. fr.* 99: 11. 143.

Si l'obligation de fidélité ne peut être supprimée par la rétroactivité au jour du jugement, comprendrait-on que les autres obligations matrimoniales le fussent (1) ?

Nous ne citerons point en faveur du système de la dissolution du mariage par la transcription, comme le font certains auteurs, un arrêt de la Cour de Grenoble du 10 septembre 1887. Cet arrêt décide qu'il y a lieu de rectifier l'acte de décès dans lequel l'époux mort avant la transcription du jugement de divorce est qualifié d'époux divorcé. Selon nous, cette décision se justifie quelle que soit la doctrine qu'on suive sur la question du point de départ des effets du divorce. Il s'agit d'une simple application de l'article 244 *in fine*. Il n'y a pas dissolution du mariage par le divorce mais par la mort, dans l'espèce soumise à la Cour de Grenoble.

On pourrait relever d'autres conséquences du système de la dissolution du mariage au jour de la transcription, sur lesquelles les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer. A notre avis, c'est à partir de la transcription du divorce que la femme n'a plus le droit de faire usage du nom de son mari (voir l'art. 299, modifié par la loi du 6 février 1893), que les époux perdent le droit réciproque de demander

(1) Voir une application semblable du principe, faite par le Tribunal correctionnel de Bar-sur-Seine, le 9 février 1899. (*Gaz. Pal.*, 1899, p. 563.)

Un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 17 mars 1899, déclare également que les effets du divorce ont pour point de départ le jour de la transcription; en conséquence le délai de dix mois de l'art. 296, Code civil, ne commence à courir qu'à dater de ce jour. Ce jugement a été confirmé par la Cour de Paris le 3 mai 1899.

leur interdiction, qu'ils acquièrent le droit de se vendre réciproquement leurs biens, la prohibition de l'article 1595 du Code civil cessant de s'appliquer.

C'est du jour de la transcription que court le délai d'un an accordé à la femme divorcée pour faire inscrire son hypothèque légale.

A partir de la transcription seulement, la prescription entre époux, suspendue par le mariage (art. 2253 C. civ.), recommence à courir; le vol cesse d'être impuni; le meurtre commis par l'époux sur son épouse en cas de flagrant délit d'adultère cesse d'être excusable. (C. pén., art. 324.)

III. — Après l'examen des deux grands systèmes qui partagent la doctrine et la jurisprudence, nous devons jeter un coup d'œil rapide sur deux autres opinions qui présentent assez d'intérêt.

Pour M. Paul Pic (*Jurisprudence du divorce*, février 1887, page 38), le point de départ des effets du divorce serait le jour de la publication du jugement de prononciation. On sait en quoi consiste cette publication : « Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce, porte l'article 250 du Code civil, est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils ou de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département. »

« La publication du jugement, dit M. Pic, est prescrite dans l'intérêt des tiers; or, si le jugement

dûment transcrit ne devait pas rétroagir au jour de la publication, quel danger y aurait-il eu pour les tiers à ce que le jugement fût tenu clandestin? Il eût suffi de prévenir le public dans un délai déterminé après la transcription? »

Cette doctrine a l'avantage d'expliquer l'existence de l'article 250 ; si on l'accepte, on comprend le but de ces mesures de publicité que nombre d'auteurs critiquent comme inutiles.

On peut faire valoir en sa faveur qu'en matière de séparation de biens, les tiers, par une présomption de la loi ne souffrant pas de preuve contraire, sont réputés connaître la demande en séparation dès l'affichage dans les auditoires de tribunaux et l'insertion dans les journaux, et que pour cette raison le jugement rétroagit au jour de l'assignation lancée par la femme.

Les mêmes mesures de publicité doivent, en matière de divorce, produire un effet identique : elles fixeront la date du changement d'état et de capacité.

Un autre argument d'analogie pourrait être tiré de l'article 873 du Code de procédure civile qui, parlant des formalités de publicité imposées pour faire connaître le jugement de séparation de biens, déclare : « Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai dont il s'agit dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation » ; indiquant par là que la tierce opposition est recevable dans le cas d'inobservation de la loi.

L'opinion de M. Pic est restée sans écho. Les tiers sont cependant plus ménagés par elle que par le système de la rétroactivité au jour du jugement. Bien des personnes qui ignorent l'instance en divorce avant et après le jugement, l'apprennent par l'insertion dans les journaux. A partir de ce moment, elles devront donc se tenir sur leurs gardes.

Mais tous les arguments présentés en faveur du second système nous incitent à repousser cette manière de voir. L'idée de rétroactivité est inadmissible en matière de divorce, car il ne s'agit pas uniquement d'intérêts pécuniaires, comme en matière de séparation de biens; l'ordre public est en jeu.

Comment d'ailleurs admettre que l'on puisse réputer connu de tous un jugement par cela seul qu'il a été publié conformément aux prescriptions de l'article 250 ? Les personnes qui lisent les affiches des auditoires de tribunaux sont rares et les extraits ne demeurent pas longtemps affichés ! En pratique, dans les tribunaux où les affaires sont nombreuses et notamment à Paris, on restreint à une quinzaine de jours l'affichage dans l'auditoire des tribunaux et les chambres des avoués.

Nous venons de le dire, la publication par la voie des journaux est plus sérieuse, mais il n'en est pas moins vrai que l'on ne saurait opposer sa négligence au tiers qui aurait contracté, postérieurement au jugement de divorce, avec une femme mariée, et prétendrait plus tard avoir ignoré le divorce à l'époque de son engagement.

Pour dissiper toute espèce de doute sur la valeur

juridique du système de M. Pic, on n'a qu'à se reporter aux discours prononcés par MM. Labiche et Griffé lors de la discussion de l'article 250. Le texte de la discussion que nous avons rapporté, prouve que les mesures de publicité de l'article 250 ont été considérées comme des mesures de publicité préventives, destinées à avertir les tiers de la dissolution *vraisemblable* du mariage, de la modification qui est à la veille de s'opérer dans l'état des époux.

IV. — Nous arrivons enfin à un quatrième système. Bien qu'il ne soit, à notre connaissance, explicitement formulé par aucun auteur, nous le trouvons développé dans des conclusions qui précéderent le jugement du Tribunal de la Seine, rendu le 15 mars 1891 (1).

On sembla soutenir que le point de départ des effets du divorce était le jour où la décision judiciaire devenait définitive par l'expiration des délais d'opposition et d'appel. En conséquence, le délai de trois mois et quarante jours accordé à la femme divorcée pour délibérer sur l'acceptation de la communauté d'après l'article 1463 du Code civil, commençait à courir à partir de cette date.

« Attendu, porte ce jugement, que la demanderesse, dame X..., épouse divorcée de N..., prétendant que le fonds de commerce de marchand de vins et traiteur, exploité à Paris, rue Marbeuf, 12, dépend de la communauté ayant existé entre elle

(1) *Pand. fr.* 91. 2. 306.

et son ex-mari, a formé contre celui-ci une demande en licitation du fonds dont s'agit ; — Attendu qu'il est constant d'une part, que les époux N... avaient adopté pour base de leur union conjugale le régime de la communauté aux termes de leur contrat de mariage reçu R..., notaire, le 21 février 1878, et d'autre part, que la dame X... a par acte au greffe du 30 janvier 1890, déclaré accepter ladite communauté ; — Attendu que, pour résister à la demande ainsi formulée, le défendeur soutient que l'acceptation susdatée n'est intervenue qu'après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours imparti par l'article 1463 du Code civil, et que dès lors, celle-ci n'étant pas opérante, la demanderesse doit être réputée renonçante ; — Qu'il arguë à cet effet de ce que le divorce ayant été prononcé le 11 mars 1889 par jugement de la quatrième chambre de ce tribunal, signifié à partie le 31 mai suivant, les délais d'opposition et d'appel expiraient respectivement les 31 juillet et 31 août 1889, par application des articles 247 et 248 nouveaux, pour conclure que le terme fixé par l'article 1463 susrelaté ne pouvait s'étendre au delà du 10 janvier 1890, et que, conséquemment, la dame N... était déchue de la faculté d'accepter lors de sa déclaration au greffe ; — Que, selon lui, elle serait non recevable en sa demande ;

» En droit : Attendu que l'argumentation du défendeur consiste à assimiler pour l'exercice de cette faculté, le jugement de divorce au jugement de séparation de corps ; — Attendu, à la vérité, que si la séparation de corps est accomplie à compter

du jour où elle est définitivement prononcée, c'est-à-dire à compter du jour où la décision qui l'accorde n'est plus susceptible d'aucune voie de recours, le divorce, alors même que la décision qui l'admet aurait acquis l'autorité de la chose jugée et serait désormais inattaquable par les voies ordinaires, n'est consommé et ne produit effet qu'à partir de sa transcription sur les registres de l'état civil.....

» Par ces motifs, sans s'arrêter aux fins et moyens du défendeur, dans lesquels il est déclaré mal fondé et dont il est débouté, (le Tribunal) dit que l'acceptation de la communauté par la demanderesse suivant déclaration au greffe du 30 janvier 1890 a été formulée dans le délai légal..... (1). »

Nous avons passé sous silence les considérants dans lesquels le tribunal établissait que le mariage n'était dissous qu'à compter de la transcription, pour ne citer que les passages relatifs à la prétention du défendeur fixant le point de départ du délai de trois mois et quarante jours au moment où le jugement devient définitif. Le défendeur n'a peut-être pas très nettement indiqué la portée générale du principe qu'il voulait faire sanctionner sur cette question particulière de l'acceptation de communauté. Mais sa prétention ne se comprendrait pas si elle n'était l'application de cette règle, à savoir que la dissolution du mariage est placée au jour de l'expiration des délais d'opposition et d'appel. Du reste, le tribunal, en se donnant la peine de prouver par de nom-

(1) Ce jugement a été confirmé avec adoption des motifs des premiers juges, par un arrêt de Paris du 12 janvier 1892.

breux arguments le rôle de la transcription, a bien eu la pensée qu'on cherchait à faire prévaloir un système nouveau sur la date de la dissolution du mariage.

Ce système pourrait en apparence invoquer les termes de l'article 1463 du Code civil : « La femme divorcée ou séparée de corps qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation *définitivement prononcés*, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé..... » — De même le nouvel article 296 porte que « la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif. » — Le mot : *définitif*, peut se traduire par : *à l'abri de tout recours* ; c'est d'ailleurs en ce sens qu'il est employé par l'article 252. — La loi nous dit que le divorce devient *irrévocable* par la transcription, mais non qu'il devient *définitif*.

On ne saurait du reste soutenir que le législateur songe à la transcription quand il parle de divorce *définitivement prononcé*. La prononciation est l'œuvre du tribunal et non de l'officier d'état civil. Le mariage est dissous par la prononciation du divorce, mais la loi ne permet pas que les effets de la dissolution se fassent sentir tant qu'on peut attaquer la décision qui l'ordonne. On considère que les époux et les tiers en rapport avec eux doivent se comporter comme si l'état de mariage existait encore, tant que le divorce n'est pas définitivement acquis. Par respect pour la justice on doit attendre qu'elle ne puisse plus revenir sur sa décision. Mais lorsque les délais d'opposition et d'appel sont

expirés, on a le champ libre, la nécessité de cet enregistrement qu'on appelle la transcription ne saurait entraver personne.

Le défendeur, dans l'espèce tranchée par le Tribunal de la Seine, soutenait qu'on devait suivre une règle identique pour la séparation de corps et le divorce. L'article 1463 paraît en effet les mettre sur le même pied, « après le divorce ou la séparation de corps définitivement prononcés. » Si le législateur avait pensé que le divorce et la séparation ne devenaient pas définitifs de la même manière, il aurait dit : « après la séparation de corps définitivement prononcée ou la transcription du divorce. »

La réponse à cette argumentation est facile. Si dans le langage de la doctrine, employé également par le Code, on qualifie de *définitif* le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce lorsqu'il est à l'abri de toute voie de recours, on n'a jamais regardé comme synonymes ces deux expressions : *décision définitive* et *divorce définitif*. Inutile donc de parler de l'article 296.

Quant à l'article 1463, il a été rédigé tel qu'il est lors de la promulgation du Code civil, alors que la prononciation du divorce était l'œuvre de l'officier d'état civil. Il ne pouvait à cette époque être regardé comme assimilant la séparation de corps au divorce, puisque la séparation de corps devenait définitive par l'expiration des délais de recours, alors que, de l'aveu de presque tout le monde, les effets du divorce ne prenaient seulement naissance qu'au jour de la prononciation.

C'est *brevitatis causa*, pour éviter de longues

explications sur la façon dont la séparation de corps et le divorce devenaient définitifs, qu'on s'est servi de ces termes : « après le divorce ou la séparation définitivement prononcés. » On n'était pas obligé de peser les mots dans un article qui n'était pas fait pour trancher la question qui nous occupe.

Avant de terminer cette étude sur le point de départ des effets du divorce, il reste à examiner quelle date il faut assigner à la dissolution du mariage en cas de transcription tardive, de transcription effectuée après le fameux délai de deux mois. Mais avant d'aborder cette intéressante question, il est urgent de savoir s'il est des cas où une transcription puisse être opérée tardivement. Nous en réservons donc l'étude pour la reprendre ultérieurement.

CHAPITRE IV.

Sanction des prescriptions de la loi concernant la transcription.

Nous avons vu à quelles conditions la transcription pouvait avoir lieu et quels étaient ses effets, voyons maintenant quelle sera la sanction des prescriptions légales à l'égard et des époux eux-mêmes et des fonctionnaires qui ont un rôle à jouer dans l'accomplissement de cette formalité.

Nous examinerons d'abord quelles conséquences entraîne l'inobservation des règles concernant la réquisition de la transcription par les époux ; en second lieu, nous étudierons quelles conséquences entraînent les irrégularités commises par l'officier d'état civil dans l'accomplissement de la formalité même.

§ 1. — *De l'inobservation des règles relatives
à la réquisition.*

Il faut distinguer les cas : 1^o défaut de réquisition ou réquisition tardive inexcusable ; — 2^o réquisition tardive excusable ; — 3^o réquisition irrégulière.

A. — Défaut de réquisition. — Réquisition tardive inexcusable.

L'article 252, § 3, nous dit : « A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme non avenu. » Les termes employés pour ce texte sont des plus énergiques, ce sont ceux dont on se sert pour les actes atteints de nullité radicale ou inexistants.

La nullité ne porte pas seulement sur la procédure, sur l'instance, mais sur l'action elle-même. On a cependant essayé d'établir que c'est le jugement seul qui est atteint, qu'on peut former postérieurement une demande basée uniquement sur les causes anciennes. Cette thèse a été rejetée par un jugement du Tribunal civil de Saint-Étienne du 24 mars 1887 ; ce tribunal fait remarquer que l'article 252 dit : « le divorce est non avenu » et non pas : « le jugement de divorce » ; il déclare en second lieu que l'inaction des intéressés fait présumer la réconciliation (1).

Le législateur considère, les travaux préparatoires

(1) Voir en sens contraire, Auch, 3 novembre 1885. (*Gaz. Pal.* 86. 1. 102.)

en font foi, que l'absence de réquisition de transcription ou la tardivité dans la réquisition proviennent de ce qu'une réconciliation entre époux a dû s'opérer (1). Il faut en conclure qu'on peut former une demande nouvelle basée sur des faits postérieurs à l'expiration du délai de transcription, mais non une demande basée sur des faits antérieurs, à moins toutefois qu'ils n'aient été connus que postérieurement (2).

Sur ce sujet tout le monde est d'accord ; les avis se partagent quand il s'agit de savoir si un des époux, lançant une demande nouvelle, peut invoquer, à titre accessoire, les anciennes causes qu'il a fait valoir dans la première instance et ce, dans le but de renforcer en quelque sorte celles qu'il fournit actuellement.

Certains auteurs l'admettent malgré le silence de l'article 252, § 3 ; à notre avis ils ont raison. Pour appuyer leur opinion, on peut dire que le divorce étant annulé par suite d'une présomption *juris et de jure* de réconciliation, on doit appliquer les règles relatives à la réconciliation. Or l'article 244 nous apprend qu'en cas de réconciliation « le demandeur est déclaré non recevable dans son action, » mais qu'« il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande. »

(1) Se reporter aux déclarations contenues dans l'exposé des motifs de la loi de 1886 et reproduites dans le rapport de M. Labiche, au Sénat.

(2) V. Goirand, *Divorce*, p. 127 et 251. — Coulon, t. III, p. 397. — Curet, p. 206. — Willequet, p. 228. — Laurent, t. III, p. 290.

Le demandeur aura donc le droit d'invoquer les faits antérieurs à l'expiration du délai de transcription concurremment avec les faits nouveaux. Toutefois nous acceptons la restriction indiquée par M. Coulon (1) : « Un seul fait d'injure, même légère, dit cet auteur, suffira-t-il pour permettre de former une nouvelle demande? Nous ne le pensons pas, autrement la déchéance prononcée par notre article ne serait qu'apparente, car il est toujours facile de faire naître un petit dissentiment entre deux époux. A notre avis, le fait nouveau devra être d'une nature telle qu'à lui seul il soit suffisant pour donner à la nouvelle demande une base sérieuse. »

Certains auteurs exigent que les faits exposés dans la demande nouvelle soient assez graves d'eux-mêmes pour suffire à justifier le divorce, on ne tiendra pas compte des faits articulés dans la demande ancienne ou antérieurs à la réconciliation présumée.

MM. Vraye et Gode, notamment, professent cette idée : « Il y a, disent-ils, une différence capitale entre cette nullité (prononcée par l'article 252 actuel) et la déchéance qui frappait le demandeur sous la législation antérieure lorsqu'il avait laissé expirer sans agir le délai dans lequel il était tenu d'appeler son conjoint devant l'officier d'état civil pour entendre prononcer le divorce.

L'ancien article 266 C. civ. disposait que le demandeur négligent était déchu du bénéfice du jugement et ne pouvait reprendre son action en

(1) Coulon, op. cit. t. IV, p. 464.

divorce, si ce n'est pour cause nouvelle, avec faculté néanmoins de faire valoir les anciennes causes. L'article 252 C. civ. ne dit rien de semblable: Il se borne à exprimer que faute de réquisition dans le délai voulu, le divorce est considéré comme nul et non avenu. »

M. Carpentier admet aussi que le jugement ancien n'aura plus aucune espèce de valeur.

« Il est interdit aux époux, dit-il, de se représenter devant les tribunaux pour faire statuer à nouveau sur la cause qui leur avait fait obtenir une première fois la dissolution de leur union..... La présomption de réconciliation ne saurait prévaloir contre l'autorité de la chose jugée ; car si les époux ne peuvent pas en pareil cas invoquer le bénéfice du jugement qu'ils ont obtenu, on ne peut nier cependant qu'ils l'aient obtenu, et l'exception de l'article 1351 s'oppose d'une façon absolue à ce que la même demande soit reprise deux fois entre les mêmes parties. Ils ne pourraient donc obtenir le divorce qu'en vertu d'une cause nouvelle suffisante à elle seule pour entraîner la rupture du lien conjugal (1). »

La jurisprudence paraît plutôt favorable à notre opinion. Voir Cassation, 28 et 29 mars 1887. (Journal *la Loi*, 30 mars 1887.) — Tribunal de Saint-Etienne, 24 mars 1887, précité.

Supposons que, malgré l'expiration des délais, l'officier de l'état civil ait obtempéré à la réquisition que lui adressait l'un des époux. On devra décider que la transcription faite dans ces conditions

(1) Carpentier, *Traité de Divorce*, 1888, p. 180.

n'aura aucune valeur ; elle sera non seulement nulle mais inexistante. Tout intéressé quel qu'il soit aura qualité pour la faire déclarer telle par les tribunaux. On doit même reconnaître également au ministère public le droit de faire consacrer la nullité, en vertu de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 qui lui donne le droit d'action dans toutes les matières touchant à l'ordre public.

Aucune prescription, à notre avis, ne pourra éteindre l'action en nullité, la prescription ne s'appliquant généralement pas aux droits relatifs à l'état des personnes. Un divorce nul, pas plus qu'un mariage nul, ne peut devenir valable par l'effet du temps.

Ajoutons enfin que, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'officier d'état civil serait passible des peines édictées par l'article 50 du Code civil.

Une question spéciale et fort intéressante reste à élucider. Supposons que le jugement dont on n'a pas requis la transcription dans le délai de deux mois ait prononcé le divorce par conversion. Les époux qui avaient demandé la conversion restent-ils séparés de corps ? pourront-ils en conséquence présenter plus tard une nouvelle demande en conversion ?

De l'article 252, § 4, nous le savons, il résulte 1° que le jugement de divorce n'existe plus ; 2° qu'on ne peut plus se prévaloir dans une nouvelle demande, tout au moins d'une façon principale, des causes invoquées lors de l'ancienne. Le législateur considère que les époux se sont réconciliés et ont voulu renoncer au projet de dissolution du mariage.

Appliquons ces principes à notre question. On n'a pas requis dans les deux mois la transcription du jugement de conversion. Le jugement qui prononce le divorce tombe, mais non celui qui prononce la séparation. Le législateur présume que les époux ont voulu en quelque sorte rester sur leurs positions. Ils se sont contentés du relâchement du lien conjugal et ont renoncé à réclamer sa rupture complète. En présence d'une renonciation expresse ou tacite à certains droits, si la volonté des parties est obscure, ne doit-on pas toujours, entre deux interprétations, choisir la plus restrictive? les époux donc resteront séparés de corps.

Et s'ils demeurent séparés de corps, ils pourront introduire plus tard une nouvelle demande en conversion. La séparation de corps, en effet, est regardée comme un état transitoire dont il doit toujours être possible de sortir lorsqu'il existe des raisons sérieuses de rompre définitivement le mariage. On ne saurait concevoir une séparation de corps ne comportant de conversion dans aucun cas.

Il convient en outre de se rappeler que la loi n'a point prohibé le renouvellement d'une instance en conversion postérieurement au rejet d'une première demande. On ne saurait s'arrêter à l'exception de chose jugée qui résulterait du jugement ou de l'arrêt antérieur (1).

Du reste, dans l'appréciation d'une demande en conversion, les tribunaux doivent tenir compte non

(1) Voir en ce sens un arrêt de la Cour de Paris (1^{re} chambre), du 3 juillet 1890, infirmant un jugement contraire du Tribunal de la Seine, rendu le 24 juillet 1889.

seulement des faits qui ont motivé la séparation, mais encore de l'espoir d'une réconciliation complète, du temps qui s'est écoulé sans que des tentatives de rapprochement aient été faites. Or, dans ces conditions, pourrait-on soutenir qu'une nouvelle demande en conversion formée par exemple un ou deux ans après l'expiration des délais de transcription relatifs à l'ancienne soit absolument identique à celle-ci ? Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la maxime : *Non bis in idem*.

B. — *De la Réquisition tardive excusable.*

D'après un système consacré par la jurisprudence, la transcription devrait être opérée dans certaines hypothèses alors que la réquisition interviendrait postérieurement au délai de deux mois.

Bien entendu, il faut que l'inaction des époux soit excusable ; personne ne soutient qu'on doive accueillir une réquisition dont le retard serait imputable à la négligence des parties. Ce serait méconnaître l'article 252, § 4.

A quelles conditions une réquisition tardive peut-elle être admise suivant l'opinion de la jurisprudence ? Quels motifs peuvent justifier l'atténuation apportée au principe de l'article 252, § 4 ? Tel est le sujet que nous nous proposons d'aborder ici. Nous examinerons enfin les difficultés auxquelles peut donner naissance l'admission de la réquisition tardive, notamment en ce qui concerne la date de la dissolution du mariage.

Certaines décisions de jurisprudence semblent poser en principe que la transcription tardive ne sera possible que lorsque les époux prouveront qu'un cas de *force majeure* les a empêchés de faire la réquisition dans les deux mois. A citer tout d'abord un arrêt de la Cour de Paris du 30 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 8 juin 1888) infirmant un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 3 mars 1888.

Dans l'espèce il s'agissait d'une dame K... qui n'avait pu faire transcrire le jugement de divorce par elle obtenu parce que pendant toute la durée du délai de deux mois la grosse dudit jugement avait été retenue par un tiers qui refusait de s'en dessaisir.

La Cour a décidé en fait qu'il y avait là un cas de force majeure rendant pratiquement impossible la signification du jugement et par suite la réquisition de transcription; et en droit, que la déchéance de l'article 252, § 4, n'était pas encourue en présence d'un cas de force majeure. « Considérant que si, à défaut de cette transcription dans le délai précité, le divorce doit en principe être considéré comme nul et non avenu aux termes de l'article 252, § 4, de la loi du 18 avril 1886, cette déchéance, fondée sur une présomption de renonciation au bénéfice de la décision obtenue et la nécessité d'assurer la fixité de l'état civil, ne saurait être encourue s'il est établi que le défaut de transcription doit être attribué à des circonstances de force majeure (1). »

(1) Comp. l'arrêt rendu par la Cour de Bruxelles sous l'empire du Code civil, le 26 avril 1806. (S. 2. 2. 139.)

Dans le même sens nous trouvons un jugement du Tribunal de la Seine (première chambre) du 7 mai 1889 (1), qui refuse l'autorisation d'une transcription sous prétexte que les intéressés ne prouvent pas le cas de force majeure qui les a empêchés de requérir.

Enfin la même opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Caen du 29 juin 1896 et un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 5 août 1896 (2).

Dans l'affaire soumise à la Cour de Caen, une dame K... avait requis la transcription du divorce prononcé en sa faveur après l'expiration du délai légal. Elle demandait à être relevée de la déchéance établie par l'article 252, § 4; le retard était, suivant elle, le résultat d'une erreur tout à fait involontaire, attribuable du reste non à elle-même mais à son avoué, et elle n'avait, affirmait-elle, jamais eu l'intention de se réconcilier avec son mari. Voici la décision : « La Cour..... Considérant que les deux parties ayant laissé expirer le délai de deux mois sans requérir la transcription, leur divorce est considéré comme nul et non avenue; — Considérant que la dame K... demande cependant à la Cour, statuant par voie d'exécution et d'interprétation, de déclarer que le divorce prononcé à son profit n'est pas nul et non avenue par le fait du retard de transcription dans le délai légal, ce retard étant, suivant son allégation, le résultat d'une erreur tout

(1) *Gaz. Pal.*, 10 mai 1889.

(2) D. 97. 2. 327, — et D. 97. 1. 402.

à fait involontaire; — Considérant qu'il importe peu que la déchéance encourue soit imputable à l'erreur ou à la négligence d'un mandataire spécial; que cette erreur ou cette négligence sont évidemment opposables au mandant; que la loi ne distingue pas suivant que la partie requiert elle-même la transcription ou confie ce soin à un mandataire de son choix; que les conséquences juridiques sont les mêmes dans l'un et l'autre cas et que la déchéance est encourue par la seule expiration du délai de deux mois imparti par l'article 252; — Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner si les circonstances au milieu desquelles s'est produit le retard dont s'agit impliquent ou non de la part de la dame K... l'intention de ne pas se réconcilier avec son mari et de maintenir à son profit l'arrêt de divorce, alors surtout que ladite dame ne justifie pas qu'il existe dans l'espèce un cas de force majeure de nature à la relever de la déchéance par elle encourue; — Considérant, en effet, que la déchéance inscrite dans l'article 252 a été édictée non seulement comme sanction de la volonté présumée des époux de renoncer au divorce ou de se réconcilier, mais surtout dans un intérêt supérieur d'ordre public, pour prévenir toute incertitude sur l'état civil des époux et enlever à ces derniers la faculté de prolonger ou faire cesser, à leur gré, la vie commune en retardant ou en activant la transcription de l'arrêt prononçant le divorce; qu'à l'appui de cette considération il suffit de citer le passage suivant de l'exposé des motifs : « Une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation ;

» aussi fallait-il exiger la transcription du divorce et
» l'exiger dans un certain délai »; — Considérant
que la dame K... ne propose aucune interprétation
à donner à l'arrêt de la Cour d'appel de Caen du
6 août 1894 (celui qui avait prononcé le divorce) et
qu'elle ne signale aucune partie de cette décision
comme obscure et par suite comme susceptible
d'interprétation. — Par ces motifs..... »

Voilà un arrêt fort bien motivé. Au premier abord
il semble même que la Cour n'admet aucune excuse
qui puisse relever de la déchéance édictée par l'ar-
ticle 252. Toutefois il est à remarquer qu'elle n'au-
torise pas en principe la recherche de l'intention
des parties, mais elle ne le fait seulement que
« dans les circonstances au milieu desquelles s'est
produit le retard dont s'agit. » Si les circonstances
avaient été différentes, peut-être eût-elle permis
qu'on examinât si l'inaction des époux impliquait
réconciliation.

L'arrêt précise en faisant remarquer que dans
l'espèce on ne justifiait pas d'un cas de force ma-
jeure entravant la réquisition; il laisse entrevoir par
là que sa décision ne serait pas la même si la force
majeure était démontrée.

L'arrêt de la Cour de cassation en date du
5 août 1896 est plus significatif encore. Un sieur Reba-
gliati avait obtenu le divorce contre la dame H...,
son épouse, par arrêt de la Cour d'Aix du 13 juil-
let 1892. Ce dernier arrêt fut transcrit sur les registres
de l'état civil de Nice sur certificat du greffier de la
Cour d'Aix constatant qu'à sa connaissance il
n'existait pas de pourvoi en cassation. Peu de temps

après, le sieur Rebagliati épousait la dame S.... Or il existait un pourvoi régulièrement formé par la dame H... ; il est vrai qu'il fut rejeté, mais il n'en avait pas moins l'effet suspensif aux termes de l'article 248, § 6, du Code civil. La dame H... demanda la nullité du divorce faute de transcription dans le délai légal et en conséquence la nullité du second mariage contracté par le sieur Rebagliati.

Le Tribunal de Nice, par jugement du 6 mars 1894 (1), lui donna raison. Mais la Cour d'Aix, le 23 janvier 1895, rendit un arrêt d'après lequel la transcription était annulée, mais non le divorce. Un pourvoi fut formé contre cet arrêt par la dame H... Le sieur Rebagliati, en demandant à la Cour de cassation de le rejeter, faisait valoir : 1° que la prescription de l'article 252, § 4, est fondée sur une présomption de renonciation au divorce et ne peut être opposée à un époux qui a toujours manifesté une intention contraire ; 2° qu'ayant par erreur requis une première transcription nulle, il ne pouvait moralement pas dans le délai légal adresser une seconde réquisition à l'officier d'état civil qui eût certainement refusé d'y déférer, ce qui assimilait son cas à celui de la force majeure. L'intention d'exécuter une décision de divorce fût-elle clairement affirmée dans un acte authentique, elle est inopérante si elle ne se traduit pas sous la forme légale de la réquisition de transcription, à défaut de laquelle la partie est légalement présumée renoncer au bénéfice du divorce.

(1) D. 1897. 1. 403.

La Cour de cassation repoussa le pourvoi. Après avoir rappelé les faits de la cause, elle déclare : « Que si la transcription se trouvait prématurée et par suite nulle, elle n'en faisait pas moins obstacle à toute transcription nouvelle tant qu'elle n'aurait pas été déclarée nulle par une décision judiciaire devenue définitive et ordonnant la rectification aux termes des articles 49 et 101 du C. civ. et 857 C. proc. civ. ; — Attendu que la nullité dont s'agit forme précisément l'objet de l'instance actuelle intentée par la dame H... le 7 mars 1893 ; que dès lors le délai de deux mois imparti par l'article 252 précité, ne commencera à courir que du jour où ladite instance sera terminée par une solution définitive. D'où il suit qu'en ordonnant la rectification dont s'agit et en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué s'est exactement conformé aux dispositions susvisées et n'a violé aucune loi ; — Par ces motifs..... »

Il est à noter que cet arrêt ne dit pas un mot du premier argument présenté par le sieur R... ; il ne tient compte que du second. Si le divorce n'est pas annulé, c'est parce qu'un cas de force majeure s'opposait à une transcription nouvelle, parce qu'il y avait « un obstacle ». Ce silence de la Cour au sujet du premier argument a d'autant plus d'importance que la Cour d'Aix insistait longuement sur l'absence de réconciliation entre les époux.

Le 10 novembre 1898, le Tribunal de Vervins (1) a rendu un jugement aux termes duquel on ne sau-

(1) *Gaz. Pal.*, février 1899, p. 197.

rait trouver l'existence de la force majeure dans le fait pour un époux d'avoir ignoré la date d'un arrêt de rejet rendu par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, ces arrêts n'étant jamais l'objet d'une signification et devant produire leur effet *hic et nunc*. Voir dans ce fait un cas de force majeure, ce serait, dit le tribunal, « substituer à la règle si claire et d'une précision si impérative de l'article 252, le caprice ou la fantaisie des époux, donner à ceux-ci indéfiniment, au mépris de la volonté formelle de la loi, la faculté de maintenir ou de faire cesser leur mariage et de laisser ainsi planer l'incertitude sur l'état civil des personnes. »

Toutes les décisions que nous venons de citer exigent la preuve d'un cas de force majeure avant d'autoriser une transcription tardive. Dans le système qui ne repousse pas *a priori* toute réquisition tardive, elles forment une classe à part. Il y a donc une sous-distinction à faire parmi les partisans de ce système.

Pour soutenir cette manière de voir on peut prétendre qu'il ne faut pas trop s'attacher à l'interprétation judaïque d'un texte aussi rigoureux que l'article 252. On ne saurait frapper un époux qui a obtenu le divorce après de longues et pénibles épreuves, l'obliger à reprendre une vie commune intolérable, alors qu'il n'est pas en faute, qu'un obstacle invincible l'a seul empêché de se conformer à la loi (1).

Le législateur a voulu obliger les époux qui ne

(1) Coulon, t. IV, p. 463. — Curet, p. 205.

veulent pas de réconciliation à terminer au plus vite l'instance en divorce par la transcription. A tort ou à raison, il édicte une sanction des plus dures pour atteindre les époux négligents et ceux qui tergiversent. Mais il n'entend pas punir ceux qui ne sont pas coupables. A l'impossible nul n'est tenu. En matière de prescription, il existe cette règle de bon sens : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. — La situation est-elle bien différente; faut-il interpréter l'article 252, § 4, autrement que l'article 2262 du Code civil?

On a mis en avant les inconvénients pratiques de l'interprétation littérale de notre texte. En repoussant dans tous les cas la transcription tardive, on frapperait des époux dignes du plus grand intérêt; pour s'en convaincre, on n'a qu'à étudier les espèces sur lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer. La conscience des magistrats répugne à le faire. Il n'y a qu'à jeter un coup d'œil sur les considérants de l'arrêt précité de la Cour d'Aix.

Parmi les partisans de ce premier système, il en est de nombreux qui s'appuient sur un tout autre ordre d'idées.

« La déchéance encourue, dit M. Hitier (1), s'explique par une présomption de renonciation : les travaux préparatoires sont formels sur ce point. Cette présomption pour la jurisprudence n'est pas de celles qui rejettent toute preuve contraire. Sans doute on ne tiendra pas compte d'une affirmation pure et simple, par laquelle tardivement les inté-

(1) Hitier, *Jurisprudence du Divorce*, p. 56.

ressés déclareraient n'avoir pas entendu renoncer au bénéfice du jugement. Mais s'ils établissent que le défaut de transcription est indépendant de leur volonté, qu'une cause sérieuse les a mis dans l'impossibilité de requérir la transcription, la jurisprudence, complétant la loi, a admis que la présomption sur laquelle était basé l'article 252 tombait et qu'une transcription tardive était dès lors possible. »

M. Hitier est moins exigeant que la Cour de cassation; il lui suffit qu'une cause sérieuse explique le retard des époux, qu'ils prouvent que leur inaction ne peut s'expliquer ni par un rapprochement, ni par un pardon de l'époux offensé. — Il précise sa pensée : « A cette expression : *cas de force majeure* (employée dans l'arrêt de Paris le 30 mai 1888), il faut avec d'autres décisions préférer une formule plus générale : *le cas où le défaut de transcription dans les délais est indépendant de la volonté des époux* (1). »

Nous trouvons la même doctrine nettement affirmée dans un jugement du Tribunal de la Seine en date du 8 mars 1887 (2). La demanderesse avait par erreur fait transcrire le jugement de divorce qu'elle avait obtenu sur les registres de l'état civil du dix-huitième arrondissement de la ville de Paris, alors que son mariage avait été célébré au dix-septième. — Lorsqu'elle s'aperçut de son erreur, le délai de deux mois était écoulé et le maire du dix-septième arrondissement refusa de procéder à une seconde

(1) En ce sens, Vraye et Gode, n° 414, op. cit.

(2) Sirey, 88. 2. 198.

transcription. La dame X... l'assigna devant la première chambre du Tribunal civil de la Seine et obtint gain de cause. Les considérants du jugement rendu sont conçus en termes assez généraux : « Attendu que la déchéance édictée par l'article 252 nouveau, comme celle précédemment contenue dans l'article 266 ancien, a pour but de faire cesser l'incertitude sur l'état respectif des époux ; qu'elle repose sur la présomption d'une réconciliation entre les époux et d'une renonciation au bénéfice du jugement de la part de celui qui néglige volontairement de le faire transcrire, qu'il n'y a donc pas lieu à l'application de cette déchéance lorsque les faits de la cause démontrent péremptoirement qu'il n'y a eu ni réconciliation ni négligence ; — Attendu que la dame X... ayant dans les délais légaux, manifesté en termes non douteux, quoique sous une forme irrégulière, son intention de se prévaloir du jugement de divorce, l'erreur qu'elle a commise n'a pu lui faire perdre le bénéfice du divorce ; qu'elle est fondée malgré l'expiration du délai à requérir la transcription sur les registres du dix-septième arrondissement. »

Nous doutons qu'il soit possible d'aller plus loin ; le jugement ne paraît même pas se préoccuper de savoir si l'erreur commise est ou non excusable. Il suffit que l'intention ne soit pas douteuse, que l'époux dont il s'agit soit de bonne foi. La déchéance de l'article 252 ne s'appliquerait plus guère qu'à l'époux qui, sciemment, laisserait passer le délai de deux mois sans faire de réquisition.

Un an plus tard, le Tribunal appliqua ce même

principe. A la suite d'une erreur dans les motifs d'un jugement de divorce, la transcription n'en avait pas été requise dans l'arrondissement de Paris où il aurait fallu qu'elle le fût. Par décision du 7 mai 1888, le Tribunal de la Seine déclara : « que cette erreur ne saurait entraîner la déchéance prononcée par l'article 252 du Code civil ; qu'il n'y a pas doute sur l'intention de la dame X.... de rendre le jugement définitif et qu'il ne résulte pas de ce retard une réelle incertitude sur la situation des parties. » On le voit, il n'est pas question de force majeure !

Dans le même sens, on peut encore citer un jugement du Tribunal de la Seine, du 28 juin 1888 (1). Dans l'espèce le retard dans la réquisition provenait d'un oubli de l'huissier commis par un des époux. Il fut jugé que la transcription devait néanmoins être autorisée. « Attendu que la volonté de la dame K... de se prévaloir du jugement de divorce n'est pas contestable et qu'en présence de cette volonté manifeste, il n'y a pas lieu de lui appliquer la déchéance édictée par l'article 252 C. civ. »

Un jugement du Tribunal de Langres, du 2 avril 1890, considère aussi « que la déchéance édictée par la loi a pour but de faire cesser l'incertitude sur l'état respectif des époux et repose sur la présomption d'une renonciation au bénéfice du jugement de la part de celui qui néglige volontairement de faire transcrire ; qu'il n'y a donc pas lieu d'en faire application dans la cause puisque aucune négligence ne paraît imputable à la demanderesse. »

(1) *La Loi*, 3 novembre 1888.

Toutes ces décisions sont significatives, mais les motifs n'en sont pas très développés.

L'arrêt de la Cour d'Aix du 23 janvier 1895 est, à notre sens, le plus motivé (1). Voici les considérants relatifs au point de droit : « Attendu que la déchéance édictée par l'article 252 a pour but de faire cesser l'incertitude sur l'état respectif des époux et de ne pas leur laisser la faculté de reprendre la vie commune et de la faire cesser à leur gré en retardant la transcription suivant leur bon plaisir; qu'elle repose sur la présomption d'une réconciliation ou d'une renonciation au bénéfice du jugement qui a prononcé le divorce; qu'il n'y a pas lieu de la prononcer lorsque des faits précis, certains et indiscutables démontrent d'une façon péremptoire non seulement qu'il n'y a pas eu réconciliation ou renonciation, mais encore que l'époux qui a obtenu le divorce a eu la ferme volonté d'exécuter le jugement qui l'a prononcé; qu'il n'y a eu de sa part aucune négligence volontaire; que la transcription a été par lui requise et que l'irrégularité de cette transcription n'est due qu'à une erreur; qu'en principe le défaut de réquisition entraîne seul la nullité du divorce, sauf à examiner si les parties ne peuvent pas être relevées de la déchéance qu'elles ont encourue par suite de cette irrégularité. »

En terminant, notons un jugement récent du Tribunal de la Seine, rendu le 6 juillet 1899, qui indique bien que la jurisprudence en général et le Tribunal de la Seine en particulier sont loin de vouloir mo-

(1) D. 97. 1. 403.

difier leurs tendances (1). — « Attendu que la déchéance prévue par l'article 252 est fondée sur une présomption de réconciliation des époux ou de renonciation à l'action, mais que le défaut de transcription ne saurait l'entraîner lorsqu'il est le résultat d'un cas de force majeure ou qu'il est imputable à un tiers qui a négligé d'exécuter en temps utile le mandat qu'il avait reçu; qu'il est établi dans la cause que, loin de renoncer au droit résultant pour lui du jugement, K... avait donné toutes les instructions nécessaires pour l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; que c'est par suite d'une omission qui ne lui est pas imputable que la transcription n'a pas eu lieu; qu'il est dans ces conditions fondé à réclamer la transcription du jugement qu'il a obtenu (2). »

Le Tribunal se sert bien de l'expression : *force majeure*, mais il est évident qu'il ne lui prête pas sa signification ordinaire, celle que lui donne par exemple l'arrêt de la Cour de Caen du 29 juin 1896. — Ne se base-t-on pas pour autoriser la réquisition tardive sur ce que le demandeur n'a pas entendu « renoncer au droit résultant pour lui du jugement » et qu'il a donné toutes « les instructions nécessaires pour l'accomplissement des formalités prescrites? »

Au fond, toutes ces décisions judiciaires sont basées sur un argument tiré des travaux prépara-

(1) *Gaz. Pal.*, septembre 1899, p. 244.

(2) Tribunal de la Seine : 19 février 1886 (*Gaz. Pal.* 86. 1. 451). — Tribunal de Nancy : 9 décembre 1889 (*Recueil des arrêts de Nancy*, 1888-89, p. 281). — Tribunal de Mantes : 8 décembre 1894 (*Gaz. Pal.* 95. 1. 340).

toires. On hésite à appliquer dans certains cas une sanction fort dure, et on oppose l'esprit de la loi à la lettre évidemment défavorable à la thèse. On a trouvé dans la discussion de la loi de 1886 un passage de l'exposé des motifs déclarant que l'article 252 s'expliquait par une présomption de réconciliation des époux. Une large interprétation donnée à l'article 252 se concilie avec l'esprit général de la loi du 18 avril 1886. On a voulu *faciliter le divorce*. M. Allou l'a déclaré dans la discussion au Sénat, et M. Labiche, adversaire du projet du gouvernement, le lui a amèrement reproché (1).

Il serait singulier que les mêmes hommes qui, pour mieux assurer la formalité de la transcription, ont permis contre tous les précédents à l'époux coupable de la requérir, aient aveuglément frappé de la même déchéance le conjoint qui se montrait négligent et celui qui était victime d'une erreur ou de la mauvaise foi d'un tiers.

Au système qui admet la réquisition tardive d'une façon plus ou moins large, s'oppose un autre système plus juridique à notre avis et qui la repousse d'une manière absolue (2).

Quand un texte comme l'article 252, § 4, brille par sa clarté, il n'est pas besoin de l'obscurcir sous prétexte d'en rechercher l'esprit. Les discussions de la doctrine ne se comprennent plus quand le législateur a formellement tranché une question.

(1) *J. Off.*, déb. parl. Sénat, 1885, p. 1295.

(2) Poulle, *le Divorce*, p. 188. — Carpentier, t. II, n° 157. — Vraye et Gode, t. I, p. 339. — Voir la note sous cassation, 5 août 1896 (*Pand. fr.* 97).

Ce second système a été vigoureusement défendu devant la Cour de Paris par M. l'avocat général Manuel, dans l'affaire tranchée par l'arrêt du 30 mai 1888 (1). — « On dit, s'écrie-t-il, que la déchéance prononcée par le nouvel article 252 du Code civil est fondée sur une présomption de renonciation à la décision obtenue, et que cette présomption, toutes les circonstances de la cause la repoussent énergiquement dans l'intérêt de la dame K..., à laquelle on ne saurait imputer ni une faute personnelle ni une négligence caractérisée. — Mais si le législateur eût voulu laisser aux magistrats le soin d'apprécier les raisons pour lesquelles la transcription n'a point eu lieu dans les deux mois, eût-il dit : « le divorce *sera* considéré comme nul et non avenue ? » Non ; il aurait dit « pourra », ou par tout autre mot il aurait réservé l'approbation des tribunaux. Où s'arrêtera-t-on, si on entre dans l'examen des motifs qui auront pu empêcher les époux divorcés ou l'un d'eux de requérir la transcription dans le délai voulu ? — Tous, alors même qu'ils auraient eu certains scrupules, certaines hésitations, viendront dire : La présomption sur laquelle la loi est fondée ne nous est pas applicable ; nous ne renonçons nullement au divorce obtenu ; nous sommes victimes d'un oubli, d'une erreur, de notre ignorance de la loi, d'une négligence de notre avoué, de notre huissier, auxquels nous avons donné des instructions précises qu'ils n'ont pas suivies ; nous n'avons aucune faute personnelle à nous reprocher,

(1) Sirey, 1888, t. II, p. 197.

nous demandons à le prouver. Faudra-t-il admettre, rechercher, apprécier toutes ces prétentions, ordonner des enquêtes pour les établir? »

Il est vrai que dans la suite de ses conclusions, M. Manuel semble apporter une atténuation à son système. « J'accorde que la force majeure pourra être utilement invoquée par un époux divorcé pour être relevé de la déchéance prononcée par l'article 252; mais la force majeure au sens légal du mot et non pas une force majeure imaginaire, mise en avant dans le seul but d'éviter l'application de la loi. » M. Manuel veut sans doute parler du cas où l'un des conjoints se trouverait dans l'impossibilité matérielle, absolue, de manifester sa volonté à l'officier d'état civil, par exemple dans le cas de violence exercée sur lui par un tiers, ou au cas de maladie grave lui enlevant temporairement sa lucidité d'esprit. On pourrait peut-être admettre une prolongation de délai dans ces hypothèses fort rares, quoique la question soit très discutable.

M. Tissier, commentant l'arrêt précité de la Cour d'Aix, défend aussi ce second système et critique vivement le système de la jurisprudence (1) : « Est-il besoin, dit-il, d'insister longuement pour montrer combien une pareille doctrine est inacceptable et contraire à la loi? Le texte dit : le divorce est nul et non avenu; l'opinion que nous venons de résumer traduit : les parties sont présumées, sauf preuve contraire, avoir renoncé au divorce. C'est refaire la loi et non l'interpréter; on oublie que la loi parle de nullité et

(1) *Revue critique de législation*, année 1897, p. 621.

que, à côté d'une présomption de réconciliation, elle repose surtout sur la nécessité de fixer l'état civil d'une manière certaine.

» Avec le texte de l'article 252, il n'y a pas à rechercher si les parties ont été ou non négligentes, ont eu ou non la ferme intention de divorcer. La loi exige la formalité de réquisition de transcription à peine de nullité, et en général, quand une formalité doit être accomplie dans un certain délai, il n'y a pas à se demander si les parties qui ne l'ont pas remplie ont eu ou non la volonté de le faire. Pourquoi d'ailleurs, si on fait de la règle de l'art. 252 une interprétation de volonté, appliquer la loi au cas de négligence? La négligence à faire transcrire n'implique pas la renonciation au divorce.

» Pour être logique, il faudrait dire que les juges ont dans tous les cas à apprécier si les époux qui n'ont pas requis la transcription dans les deux mois, l'ont fait ou non par suite d'une réconciliation ou d'une renonciation. Qui ne voit que c'est une règle toute contraire à celle formulée par la loi? »

L'objection est grave, mais elle n'atteint, parmi les partisans du premier système, que ceux qui autorisent la réquisition tardive dans tous les cas où l'on peut prouver l'absence de réconciliation.

C'est pourquoi M. Tissier ne s'en tient pas là; il répond maintenant à ceux qui n'admettent la réquisition tardive qu'au cas de force majeure : « Nous ne croyons pas que cette seconde interprétation, quoique évidemment préférable à la première, soit bien exacte; les délais que la loi fixe à peine de

déchéance pour l'acquisition d'un droit, courent en général malgré les obstacles de force majeure qui peuvent exister. La règle « *Contra non valentem agere non currit præscriptio* » n'est plus vraie, à notre avis, en matière de prescription ; elle ne peut à coup sûr et à plus forte raison recevoir d'application aux délais de procédure, aux délais dans lesquels une formalité doit être accomplie ; ces délais doivent être appliqués sans restrictions, sans distinctions, sans tempéraments, sinon on tombe dans l'incertitude et dans l'arbitraire (1). »

Rien n'est plus exact. Si le législateur annule le divorce à défaut de transcription dans le délai voulu, c'est en partie pour éviter des procès, des contestations au sujet de l'interprétation à donner à l'inaction des parties. Il ne veut pas que les tribunaux entrent dans l'examen des circonstances particulières à chaque cause. La transcription est opérée par les officiers d'état civil, gens quelquefois peu versés dans la science du droit. Quelle source d'embarras pour eux que la substitution de ces théories confuses à une règle claire et invariable !

Au fond, toutes les décisions de jurisprudence qui rejettent notre système, s'inspirent surtout, sans l'avouer bien entendu, de considérations d'équité ? Mais toute prescription, toute fixation de délai de

(1) Ne convient-il pas en effet de faire observer que, pour les délais de procédure susceptibles d'entraîner des déchéances, on ne se préoccupe jamais des motifs qui peuvent avoir empêché les parties d'agir ?

On n'a jamais écouté les plaintes d'un plaideur soutenant que des circonstances étrangères à sa volonté l'avaient empêché d'user de l'appel ou du pourvoi en cassation.

rigueur peut blesser l'équité? Lorsque la loi édicte une fin de non-recevoir pour les actions exercées tardivement (art. 2271 C. civ.), est-ce que l'équité n'est pas blessée? Est-ce que dans bien des cas notre sympathie ne va pas au créancier qui n'a pas de suite réclamé son dû, par pitié peut-être, à son débiteur qui vient ensuite lui opposer la prescription?

Les décisions qui admettent les réquisitions tardives insistent sur la bonne foi de l'époux qui en est l'auteur; mais la question de bonne foi n'a rien à voir quand il s'agit d'un délai de rigueur!

On prétend que l'article 252, § 4, est fondé sur une présomption de réconciliation entre les époux. Soit; mais qui dit que cette présomption admet la preuve contraire? Il semble plutôt que la présomption doive être ici *juris et de jure*. L'article 1352, al. 2^e, C. civ., nous enseigne que « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. »

Dans notre hypothèse la loi *annule certains actes*, ce nous semble, tous les actes dont se compose la procédure du divorce. Elle *dénie l'action en justice*, également, puisqu'elle interdit aux époux de se représenter devant les tribunaux en invoquant les faits sur lesquels était primitivement basée la demande en divorce.

Et puis, les partisans du premier système l'oublie, le délai de rigueur de l'article 252 a été établi dans l'intérêt des tiers. Il faut que toute

incertitude sur l'état des époux cesse une fois les deux mois passés, que le public sache à ce moment si le mariage subsiste ou si le divorce est un fait accompli.

Nous discuterons bientôt la question de savoir quel est le point de départ des effets du divorce en cas de transcription tardive. Mais dès à présent nous pouvons dire qu'on peut concevoir deux solutions principales : ou bien la transcription rétroagit au jour où elle eût dû être opérée, ou bien le mariage n'est dissous qu'au jour où elle est effectuée. Dans le premier cas, les tiers sont évidemment lésés comme toutes les fois qu'il existe une rétroactivité ; dans le deuxième, ils le sont aussi, le mariage se trouvant dissous beaucoup plus tardivement qu'ils ne le comptaient.

Nous avons vu que la transcription était une formalité établie dans l'intérêt des tiers ; elle a beaucoup moins que l'ancien acte de divorce le caractère d'une épreuve imposée à la ténacité de l'époux demandeur. Dans ces conditions est-il légitime d'admettre que l'intérêt d'un époux, victime d'une erreur excusable ou d'un cas de force majeure, passera avant celui des tiers ?

Est-ce qu'en matière de transcription de droits immobiliers le vendeur qui n'a pas fait transcrire son titre dans le délai légal ne perd pas son privilège, n'encourt pas ainsi une déchéance dont aucune excuse ne saurait le relever ?

On sait que le jugement ou l'arrêt qui autorise une adoption doit être inscrit sur les registres de l'état civil. Si l'inscription n'a pas eu lieu dans le

délai de trois mois, l'adoption est annulée, et personne n'a jamais soutenu que l'erreur ou la force majeure pût autoriser une prolongation du délai.

Que l'on examine du reste avec attention les espèces jugées par les tribunaux ! Dans aucune on n'a pu relever un véritable cas de force majeure empêchant d'une manière absolue la réquisition de transcription ; dans toutes apparaît la faute des époux.

L'arrêt de la Cour de Paris du 30 mai 1888 précité, voit un empêchement suffisant à la réquisition dans la détention par un tiers de la grosse du jugement de divorce. Mais la production d'une simple expédition aurait pu suffire (1) ; d'ailleurs, pour éviter la déchéance, il suffit d'une réquisition de transcription, en admettant même que l'officier d'état civil ne se fût pas contenté d'une simple expédition et n'eût point transcrit. L'époux évitait la déchéance, c'était le principal.

Ne doit-on voir aucune faute dans le fait que l'époux s'étant adressé à un officier d'état civil incompetent, la réquisition n'a pu intervenir en temps utile ? Le Tribunal de la Seine se prononce pour l'affirmative. (Voir Seine, 8 mars 1887 et 7 mai 1888 précités.) Il faut, nous l'avouons, beaucoup de bonne volonté pour admettre que l'époux requérant a été victime d'une erreur invincible ; avec un peu d'attention il lui eût été facile de savoir exactement où le mariage dissous par le divorce avait été célé-

(1) Voir la décision du garde des sceaux du 6 avril 1889.

bré ; on arrive bien à le savoir après l'expiration du délai légal !

Ces décisions sont, il est vrai, dictées par un sentiment d'équité fort louable ; nous comprenons qu'il répugne de frapper d'une peine sévère un époux qui paraît de bonne foi ; malheureusement elles ne sont pas juridiques.

En suivant cette voie, on en arrive à déclarer, comme l'a fait le Tribunal de la Seine dans son jugement du 6 juillet 1889, que la négligence du mandataire n'est pas opposable au mandant qui a donné des instructions formelles ! Il est clair qu'ici le juge fait la loi.

Il y a donc lieu de condamner sans restriction le système de la jurisprudence.

Puisqu'il existe et qu'il faut nécessairement compter avec lui, examinons quelques questions où peuvent être admises des réquisitions tardives.

L'officier de l'état civil peut-il déférer à une réquisition tardive et transcrire de sa propre autorité, ou ne doit-il transcrire que sur le vu d'un jugement lui prescrivant de le faire ? Nous estimons qu'un jugement est nécessaire. L'officier d'état civil n'a pas à se faire juge des motifs que peuvent invoquer les époux pour justifier leur retard. Le délai est expiré ; il ne doit pas donner suite à leur réquisition. C'est à eux de se pourvoir devant les tribunaux pour se faire relever de la déchéance. Voir en ce sens le jugement précité du Tribunal civil de la Seine déclarant que l'officier d'état civil ne peut jamais dans notre hypothèse être condamné aux dépens ; c'est l'époux requérant qui doit supporter

les frais de l'instance, alors même que sa prétention a été admise.

Les époux n'ont pu à cause de certaines circonstances requérir la transcription dans le délai prescrit, les tribunaux les ont relevés de la déchéance prononcée par l'article 252 Code civil, s'en suivrait-il qu'ils pourront désormais adresser une réquisition à l'officier de l'état civil le jour qu'il leur plaira ? cela paraît inadmissible ; la loi désire que l'on sache au plus vite si les époux se déterminent pour le mariage ou pour le divorce.

La solution n'est pas facile. La durée du délai, son point de départ, seront toujours, quoi qu'on fasse, fixés d'une manière arbitraire. Logiquement il semble que le point de départ du délai doive être le jour où l'obstacle qui s'opposait à la réquisition a cessé, mais comme l'officier d'état civil ne peut obtempérer qu'à une réquisition basée sur un jugement ou arrêt devenus définitifs, cela ne paraît pas pratique.

Il vaut mieux accepter la règle établie par la Cour d'Aix et par la Cour de cassation dans l'affaire Rebagliati.

La Cour d'Aix, dans son arrêt du 23 janvier 1895, autorise l'époux en faveur duquel elle écarte la déchéance de l'article 252 à requérir la transcription dans un délai de deux mois à compter du jour où ledit arrêt sera devenu définitif.

La décision qui autorise une réquisition tardive prend pour ainsi dire la place de celle qui avait prononcé le divorce et devient le point de départ du délai de réquisition dont la durée reste la même.

L'officier de l'état civil doit transcrire le cinquième jour de la réquisition, que celle-ci soit tardive ou normale. Cette transcription effectuée, à quelle date prendront naissance les effets du divorce ?

Nous pensons, bien que le problème soit assez délicat, que ce sera au jour de la transcription, suivant la règle que nous avons admise en cas de réquisition normale dans les délais. Le fait que la transcription, au lieu de suivre de près le moment où la décision prononçant le divorce devient définitive, lui est de beaucoup postérieure, importe peu !

On objecte que les parties ne doivent cependant pas souffrir d'un retard qui ne leur est point imputable. La réconciliation des époux ou le décès de l'un d'eux survenus avant la transcription sont un empêchement dirimant à l'accomplissement de cette formalité lorsqu'on est dans les délais. Il en sera de même si, repoussant toute rétroactivité, on reconnaît que le mariage sera également dissous au jour de la transcription dans notre hypothèse. On se révolte contre cette injustice et pour obtenir la survivance du divorce, on décide que la transcription une fois opérée, il y aura rétroactivité !

Un des époux fait une réquisition tardive ; naturellement l'officier d'état civil refuse d'y obtempérer puisque la loi ne le constitue pas juge des motifs qui peuvent justifier une exception à l'article 252. — On a proposé alors d'adopter comme point de départ de la dissolution du mariage le cinquième jour qui suivra la réquisition.

Mais le plus souvent, l'époux qui désire vivifier le divorce, se rend compte de l'inutilité d'une réquisi-

tion faite après l'expiration du délai. Il s'adresse directement aux tribunaux pour obtenir l'autorisation de faire une réquisition utile. On peut alors soutenir que le point de départ des effets du divorce sera le premier acte de diligence fait par l'un des conjoints, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, l'assignation devant le Tribunal civil. — Cet acte ne remplace-t-il pas la réquisition, qui ne saurait alors être d'aucune utilité? N'est-ce pas faire une application exacte du principe que les époux ne doivent pas porter la peine d'un retard qui ne leur est pas imputable et ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice?

Mais en partant de ce principe on peut aller plus loin. Les époux n'ont pu, pour des circonstances étrangères à leur volonté, requérir la transcription en temps voulu. — Il convient de ne pas tenir compte de ces circonstances, de traiter l'époux victime d'une erreur excusable ou d'un cas de force majeure comme celui dont la volonté n'a pas été entravée. Il faut donc reporter l'époque de la transcription au jour où elle aurait dû intervenir, mais lequel choisir? Au début du délai de deux mois qui court du moment où le jugement de prononciation est devenu définitif, à la fin de ce délai, ou à une date intermédiaire? Voilà le problème.

Le mieux est de s'en tenir au jour où la transcription a été effectuée en réalité (1). Certes la solution offre des inconvénients pratiques ; on maintient ainsi

(1) Considérant ce jour comme celui de la dissolution du mariage, nous estimons que la mort de l'un des époux ou leur réconciliation survenue auparavant annulerait le divorce.

pendant une période assez longue la situation équivoque créée par un divorce non encore transcrit, mais peut-on éviter cela dès qu'on admet, au mépris de la loi, la réquisition tardive? (V. en ce sens Tissier, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897, p. 625, et Hitier, *Développement de la jurisprudence en matière de Divorce*, p. 62.)

C. — *De la Réquisition irrégulière.*

La réquisition tardive est bien une réquisition irrégulière, mais à raison de son importance elle a été étudiée spécialement par les auteurs; un texte spécial, l'article 252, § 4, la régit.

Mais quelle solution donner dans les autres hypothèses d'irrégularité? La réquisition peut être adressée à un officier d'état civil incompétent. Cela peut arriver notamment s'il s'agit d'époux s'étant mariés à l'étranger ou précédemment séparés de corps.

Une réquisition peut intervenir avant que la décision prononçant le divorce soit définitive; elle peut être faite par l'époux défendeur avant le deuxième mois; elle peut désigner les époux d'une manière inexacte ou n'être pas accompagnée des certificats exigés par l'article 252, § 1.

Nous pensons que dans ces diverses hypothèses il n'y a pas nullité. L'officier de l'état civil incompétent devra refuser de transcrire et inviter l'époux requérant à s'adresser au maire de la commune où le mariage a été célébré. Lors même que cette seconde réquisition interviendrait après les délais de l'article 252, on ne saurait soutenir que le divorce est

« nul et non avenu ». Le texte dit en effet qu'il y aura nullité « à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois ». Ce n'est pas que nous admettions pour cela la légitimité de la réquisition tardive. La seconde réquisition n'est pas autorisée après l'expiration des délais, à cause de la *bonne foi* du requérant, parce qu'il a commis une faute excusable, mais parce qu'elle ne fait qu'assurer l'efficacité pratique de la première qui, quoique valable et suffisante pour sauvegarder les droits du requérant, ne répond pas au but de la loi (1) et n'avertit pas les tiers.

Si la réquisition est irrégulière pour une autre cause que l'incompétence *ratione loci*, l'officier de l'état civil devra exiger que l'irrégularité soit réparée (par exemple, qu'on fournisse les certificats exigés par l'article 252, § 1); de ce fait, la transcription pourra être retardée, mais les époux n'encourront aucune déchéance (2). Le législateur, en effet, ne prononce la nullité du divorce que dans un seul cas : lorsque la réquisition est *tardive*; et les nullités sont de droit étroit, surtout en cette matière qui touche à l'état des personnes.

La Cour de cassation, après la Cour d'Aix, n'a pas admis cette solution ; l'arrêt du 5 août 1896 porte en effet : « Que si la transcription se trouvait *prématurée* et par suite *nulle*. » Pourquoi donc? la loi défend à l'officier d'état civil de transcrire avant que

(1) V. Carpentier, t. II, p. 180. — Comp. Seine, 8 mars 1887 et 7 mai 1888 précités.

(2) Nous réservons la question des dommages-intérêts dus aux tiers à qui un préjudice aurait été causé par ce fait.

le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit définitif, mais elle ne dit pas que la transcription opérée malgré cet empêchement prohibitif (et non dirimant) sera sans valeur, ni à plus forte raison que la réquisition faite par un des conjoints sera nulle.

La Cour, il est vrai, sauvegarde les intérêts du requérant en déclarant que la première réquisition nulle, faisait obstacle à une deuxième réquisition valable, qu'il y avait donc lieu de relever l'intéressé de la déchéance légale.

En admettant la nullité d'une transcription irrégulière, on peut arriver à des conséquences regrettables au point de vue de l'équité, même si l'on accepte le principe de la Cour de cassation.

Supposons que par erreur une transcription soit requise dans une commune autre que celle où le mariage a été célébré. Postérieurement un des époux vient à mourir. Aux termes de l'article 244, l'action en divorce s'éteint, on n'a plus le droit de faire autoriser par la justice une seconde transcription; les époux n'auront jamais été divorcés. — Au contraire, si l'on admet que la transcription après réquisition irrégulière n'est pas sans valeur, le divorce existe, l'époux survivant aura le droit de faire rectifier l'erreur commise en faisant opérer une seconde transcription sur les registres du lieu où le mariage fut célébré.

Nous refusons donc d'admettre la nullité d'une transcription opérée après une réquisition irrégulière. C'est, croyons-nous, l'opinion soutenue par M. Denis, conseiller à la Cour de cassation, dans le

très intéressant rapport qu'il présenta lors de la fameuse affaire Collisson, tranchée par l'arrêt du 15 mai 1895. (*Pand. fr.* 96. 1. 361) (1).

La question posée était celle-ci : Doit-on exiger à peine de nullité que l'huissier requérant la transcription d'un jugement de divorce soit porteur d'une procuration spéciale et authentique? Il fut décidé, on le sait, par la Cour de cassation, que la procuration n'était pas exigible. Mais M. Denis avait déclaré dans son rapport qu'il ne saurait y avoir nullité de la transcription, et par suite du divorce, lors même qu'on estimerait nécessaire la production du pouvoir : « La transcription du divorce, selon lui, est un acte de l'état civil, qui fait aux époux une condition nouvelle, qui ne peut être attaquée que pour un vice substantiel, et il n'est sujet qu'à un seul : l'absence de volonté. Il n'y aura donc jamais qu'une question à se poser pour le juge : c'est si la transcription a été faite ou non en exécution de la volonté de l'un des deux époux. »

§ 2. — *De l'inobservation des règles relatives à la transcription par l'officier d'état civil.*

Nous avons supposé jusqu'ici que les époux chargés de requérir la transcription, n'avaient pas suivi exactement les prescriptions qu'ils eussent dû observer pour arriver au divorce.

(1) Voir également la note fort intéressante de M. Tissier sur l'arrêt précité.

Supposons maintenant qu'ils n'aient commis aucune faute, mais que l'officier d'état civil n'ait pas fait son devoir. Il n'a pas transcrit le cinquième jour de la réquisition, par exemple ; ou il n'a pas fait de mention du divorce en marge de l'acte de mariage. Qu'en résultera-t-il ?

L'article 252, § 2, dit que : « la transcription est faite par les soins de l'officier d'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil. » Ces peines consistent en une amende de cent francs au maximum infligée par le Tribunal de première instance.

Mais l'article 252 ne nous parle pas des conséquences du défaut de transcription le cinquième jour, à l'égard des époux et des tiers. L'officier d'état civil peut n'avoir pas opéré la transcription pour bien des causes : négligence, scrupule devant le texte du jugement qui lui a été présenté, opposition signifiée par un tiers.

Il nous paraît impossible de déclarer que la transcription sera nulle et le divorce non avenu quand l'officier public aura transcrit après le cinquième jour. Les époux qui n'ont commis aucune faute ne doivent point souffrir du fait d'un tiers. Du reste, l'article 252, qui prononce la nullité du divorce pour réquisition tardive, ne dit rien de la *transcription tardive* : son silence doit être interprété dans le sens de la conservation aux parties du droit acquis depuis la prononciation judiciaire du divorce.

On pourrait à juste titre objecter la nécessité de ne pas sacrifier l'intérêt des tiers qui seront en droit

de croire que le jugement est annulé, le délai de l'article 252 s'étant écoulé sans qu'une transcription ait été effectuée sur les registres de l'état civil.

Loin de nous la pensée de traiter cet intérêt en quantité négligeable; la transcription du divorce a été exigée pour le sauvegarder. Mais serait-il équitable et conforme à l'esprit de la loi d'annuler un divorce obtenu à grand'peine pour un retard en général assez minime et qui n'est pas imputable aux époux!

Les époux pourront donc s'adresser aux tribunaux pour triompher de l'inertie de l'officier de l'état civil ou pour faire résoudre les difficultés qui l'empêchent de transcrire.

Il n'est point inutile de remarquer qu'une transcription opérée le cinquième jour de la réquisition par un maire ne sera pas nulle parce que le délai de deux mois est expiré, si la réquisition a été signifiée à temps. On confond si souvent « réquisition » et « transcription ». Plus d'un auteur répète : « La transcription doit intervenir dans les deux mois à compter du moment où le jugement de prononciation est définitif. »

M. Tissier (*Rev. crit.*, 1896, p. 545) établit très nettement la distinction. Il y a déchéance faute de réquisition et non faute de transcription dans le délai légal (1). On a pourtant essayé de soutenir l'opinion contraire, et nous pouvons relever, tranchant la question, divers arrêts. (Voir Riom, 7 mars 1889 (S. 90. 1. 17); Alger, 29 mars 1893

(1) Sic Demolombe et Grevin, *du Divorce*. — Carpentier, p. 180. — Coulon, t. IV, p. 462. — Baudry-Lacantinerie, 5^e édition, n° 719.

(*Rev. alg.* 93. 1. 199); Angers, 23 juin 1893 (S. 93. 2. 164.)

Ce dernier arrêt de la Cour d'Angers confirmait un jugement rendu le 10 mars 1891 par le Tribunal civil de Mamers. Il s'agissait d'un sieur L... qui avait requis en temps voulu la transcription de son divorce. Le maire compétent n'avait pas obtempéré à la réquisition, sous prétexte que son nom s'orthographiait différemment dans l'acte de naissance et dans le jugement de divorce. — Le Tribunal et la Cour, après avoir établi la véritable orthographe du nom, ordonnèrent la transcription, malgré la dame L... qui soutenait que le divorce était annulé, faute de transcription dans le délai de l'article 252 C. civ.

Quant à l'arrêt de Riom que nous venons de citer, il confirme un jugement du Tribunal de Clermont en date du 19 décembre 1888, dont les considérants très nets méritent d'être reproduits : « Attendu que l'article 252 a décidé que le jugement ou l'arrêt qui a prononcé le divorce serait transcrit sur les registres de l'état civil dans les deux mois du jour où il n'est plus susceptible de recours ; Attendu que, distinguant entre les obligations qui incombent de ce chef aux parties et aux officiers d'état civil, il attache la peine de nullité du divorce au cas où les parties n'ont pas requis cette transcription dans les délais, mais ne soumet le défaut de transcription imputable à l'officier d'état civil qu'aux peines de l'article 50 ;.... Attendu que la dame X... s'est conformée autant qu'il était en son pouvoir aux prescriptions dudit article 252 ; qu'elle ne peut souffrir

du retard ou de l'omission de la transcription qu'elle n'avait pas moyen de faire opérer, qui incombait au seul officier d'état civil et dont l'inaccomplissement d'ailleurs n'entraîne contre lui que la peine de l'article 50; Par ces motifs..... »

La transcription tardive étant admise en principe quand une réquisition est intervenue à temps, il y a lieu de se poser quelques questions que nous avons précédemment effleurées à propos de l'effet d'une transcription faisant suite à une réquisition tardive.

M. Hitier (1) les a clairement formulées : « La transcription devra-t-elle toujours être obtenue à quelque époque qu'on la réclame? Faudra-t-il une décision judiciaire pour l'ordonner? Une fois la transcription effectuée, les effets du divorce dateront-ils du jour de cette transcription ou remonteront-ils aux jours où elle a été requise? A supposer la rétroactivité admise, n'y aura-t-il pas lieu de distinguer entre les effets *inter partes* et les effets à l'égard des tiers? Enfin quelles seront les conséquences d'une réconciliation ou du décès de l'un des époux survenu après les deux mois légaux écoulés, mais antérieurement à la transcription tardive opérée?

(1) Hitier, *Jurisprudence du divorce*, p. 56.

PREMIÈRE QUESTION. — *Pourra-t-on réclamer la transcription à quelque époque qu'on se trouve de celle où la réquisition a été faite?*

A première vue, il semble qu'il n'existe pas de délai, que l'action contre l'officier d'état civil n'est pas prescriptible ou du moins ne l'est que par trente ans. Mais c'est sacrifier l'intérêt des tiers ! c'est une atteinte à l'ordre social ! les époux resteraient ainsi pendant des années mariés avec faculté arbitraire de répudiation. — « Quand sera encourue la déchéance, s'écrie M. Hitier, leur appliquera-t-on le délai de deux mois avec point de départ du jour où ils ont été avertis ? c'est arbitraire au premier chef, sans compter les difficultés de preuve quant à l'établissement du point de départ. »

Nous acceptons ce délai de deux mois. Il n'est pas aussi arbitraire que le pense M. Hitier. Le législateur donne deux mois aux époux pour requérir la transcription, pour délibérer au sujet de l'acte final qui va rompre le mariage. Quand l'officier de l'état civil n'obtempère pas à la réquisition qu'il reçoit, il devient indispensable qu'un second acte intervienne pour assurer la rupture du mariage, une seconde et suprême manifestation de volonté : une demande en justice pour ordonner la transcription. Les deux actes, les deux manifestations de volonté, ayant le même but, devront intervenir dans le même délai.

Le point de départ, à notre avis, sera le cinquième jour après la réquisition. L'époux requérant saura que l'officier de l'état civil n'a pas satisfait à la loi

en consultant les registres le lendemain du cinquième jour. Dès ce moment il peut donc s'adresser à la justice.

M. Hitier n'examine pas la question de savoir qui a qualité pour demander à la justice d'ordonner la transcription. Nous pensons que l'époux défendeur en divorce a le même droit que l'époux demandeur. S'il n'a pas requis la transcription le plus souvent, c'est qu'il comptait sur la réquisition de l'autre, il a donc le droit de veiller à ce qu'on y donne suite. Du reste, dès que la réquisition est parvenue à l'officier d'état civil, elle n'appartient plus uniquement au requérant, mais à son conjoint et aux tiers. Il ne pourrait donc revenir sur sa détermination. Nous admettrions même l'intervention du procureur de la République. Les officiers d'état civil sont ses subordonnés ; il a le droit et le devoir de les obliger à obtempérer aux réquisitions légales (1).

DEUXIÈME QUESTION. — *Faudra-t-il toujours une décision judiciaire pour ordonner une transcription tardive ?*

Pas de discussion possible dans le cas où l'officier d'état civil refuse obstinément de transcrire. Il faudra un jugement. Mais dans le cas où il s'offrirait lui-même à réparer la faute ou l'erreur commise, *quid ?*

Le Tribunal de Vervins, par jugement du 27 fé-

(1) M. Carpentier, op. cit., t. II, p. 182, en cas d'incapacité du requérant survenue après le cinquième jour de la réquisition, permet à son représentant légal de réclamer la transcription.

vrier 1890, rendu contrairement aux conclusions du procureur de la République, a décidé qu'un jugement ne serait pas nécessaire. L'officier d'état civil opérera la transcription comme si le délai n'était pas expiré.

Dans l'affaire tranchée par ce tribunal, l'officier d'état civil avait bien fait mention du divorce en marge de l'acte de mariage, mais il avait négligé de procéder à la transcription proprement dite.

Voici les considérants du jugement (1) : « Attendu que si l'article 252 C. civ. a prescrit que la transcription du jugement de divorce soit effectuée le cinquième jour de la réquisition pour que ses effets remontent au jour de la demande, il a entendu par cette disposition régler principalement la question des rapports civils entre les époux, en ce sens que le délai passé, les effets civils du jugement ne remontent plus qu'à la date de la transcription ; qu'en ce qui concerne l'état civil des personnes, la question est réglée par l'article 244 qui décide que le divorce ne devient irrévocable que par la transcription du jugement qui l'a prononcé, en sorte que la mort d'un des époux avant cette transcription venant à dissoudre le mariage, le jugement prononçant le divorce, bien que passé en force de chose jugée, deviendrait sans effet ;

» Mais attendu que, si cette situation intermédiaire ne peut se prolonger sans de graves inconvénients au point de vue tant des intérêts civils que de l'état civil des parties, et si dès lors la négligence

(1) Vervins, 27 février 1890. — Sirey, 92. 2. 154.

du maire l'expose non seulement à une amende, mais encore à des dommages-intérêts à raison du préjudice causé, il n'est pas cependant contestable que la transcription du jugement de divorce pourra et devra être opérée, fût-ce tardivement, et qu'il n'existe au titre du divorce aucune disposition s'opposant à cette transcription tardive, que la seule objection faite résulte des termes de l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI qui s'oppose à ce que l'officier d'état civil reçoive sans aucune formalité des déclarations tardives et leur donne l'authenticité;

» Attendu tout d'abord que cet avis ne pouvait statuer en prévision de la situation tout exceptionnelle créée récemment par les nouveaux articles 244 et 252 du Code civil; — Attendu ensuite qu'il y a en effet un intérêt d'ordre public à ce que les actes d'état civil, qui ne sont établis que sur la déclaration de témoins et sur les constatations personnelles de l'officier municipal ne puissent être dressés qu'à une époque très proche de l'événement et à ce que, le délai passé, il soit procédé à une vérification souvent difficile, nécessitant une décision judiciaire rendue en grande connaissance; mais qu'il n'en est pas de même lorsque l'acte d'état civil ne consiste qu'en la simple transcription d'une pièce constatant le fait ou l'événement survenu dans l'état des personnes; qu'il n'apparaît alors aucun inconvénient à ce que cette transcription, même tardive, soit opérée sans formalité nouvelle; qu'il pourrait, il est vrai, en être tout différemment si la nécessité de cette transcription devenait douteuse, si la régula-

rité des pièces produites était contestée ; qu'alors le tribunal du lieu serait compétemment saisi pour trancher ces difficultés ; mais que si, comme dans l'espèce, aucune objection n'est faite à la transcription, il n'apparaît pas à quel titre le tribunal pourrait être appelé à statuer pour autoriser une mesure déjà ordonnée par un jugement déjà passé en force de chose jugée ; que toute nouvelle décision judiciaire, outre qu'elle entraînerait un retard nouveau, constituerait une superfétation. Par ces motifs : Dit qu'il n'y a pas lieu à statuer..... »

Le procureur de la République de Vervins a interjeté appel. La Cour d'Amiens, par arrêt du 29 avril 1890, déclara : « qu'il n'appartient pas à l'officier d'état civil de réparer les erreurs ou les omissions qu'il aurait pu commettre dans les actes qu'il est chargé de rédiger ou de transcrire. » — En conséquence, le tribunal seul avait compétence pour autoriser la transcription tardive.

Au point de vue législatif, nous préférierions le système proposé par le Tribunal de Vervins à celui de la Cour d'Amiens. Quand l'officier de l'état civil ne demande qu'à réparer son omission, on éviterait des lenteurs et des frais en le laissant agir. On saurait plus vite à quoi s'en tenir sur l'existence du divorce.

Mais il est difficile de ne pas se rendre à l'objection tirée de l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI. Le texte est d'une portée extrêmement large. Il décide que tous les actes de l'état civil qui n'ont pas été inscrits sur les registres dans les délais impartis par la loi ne peuvent plus l'être qu'en vertu

d'un jugement. Comme le disent MM. Aubry et Rau (t. V, p. 125 et note 26), dans le cas de défaut de transcription sur les registres d'état civil dans les trois mois du retour en France, des actes de mariage passés à l'étranger, « une transcription à faire hors des délais légaux constitue une rectification qui ne peut avoir lieu qu'après autorisation de justice (1). »

On peut remarquer que le Tribunal de Vervins invoque deux motifs pour justifier la non-application de l'avis du Conseil d'Etat.

1° L'avis du Conseil d'Etat n'a pas statué en prévision de notre solution, quisque la transcription des jugements de divorce est une formalité d'institution récente.

2° L'intervention du tribunal, qui peut avoir sa raison d'être quand il s'agit d'actes ordinaires dressés d'après des déclarations de témoins et les constatations personnelles de l'officier municipal, ne se comprend plus lorsqu'il s'agit d'une simple copie de jugement. — La mémoire des faits anciens peut être moins sûre que celle des faits récents. C'est pourquoi la loi veut les garanties d'une enquête et d'une délibération judiciaires lorsqu'il s'est écoulé un temps qu'elle estime trop long depuis le jour où s'est produit le fait qu'il s'agit de constater. Mais une pièce authentique ne perdra pas de sa valeur parce qu'elle sera plus vieille de quelques jours.

On doit répondre qu'à chaque instant les tribu-

(1) Cité par M. Massigli, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, p. 133.

naux appliquent des textes généraux dans des cas qui n'avaient évidemment pu être prévus lors de leur rédaction. En employant une formule large, le législateur manifeste sa volonté de trancher toutes les contestations que comporte la matière, celles qu'il prévoit et celles qu'il ne peut déterminer à l'avance.

La seconde objection paraît plus spécieuse que la première, mais c'est encore une tentative. Nous répondrons seulement : *Statuit lex* ; la distinction qu'on propose est l'affaire du législateur et non du juge.

On a fort bien fait observer, du reste, que l'avis du Conseil d'Etat était appliqué à une autre sorte de transcription, celle qui existe en France sur les registres de l'état civil, en ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger, au moment du retour des époux (1). (Décision du Ministre de la justice du 5 germinal an XII.)

« Le Tribunal de Vervins, dit M. Hitier, limite son système au cas où aucune objection ne serait élevée contre la transcription tardive. Si la moindre difficulté surgissait, il faudrait l'intervention d'une nouvelle décision. Il suffirait donc d'une protestation sans le moindre fondement pour que le Tribunal de Vervins refusât à l'officier de l'état civil le droit de procéder, à lui seul, à la transcription. Dans ces conditions, la doctrine de la Cour d'Amiens, posant une règle uniforme d'accord avec les principes ordi-

(1) Sur cette question, consulter Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, n° 228, et *Code civil annoté*, par Fuzier-Hermann, sur l'art. 171.

naires touchant les actes de l'état civil, nous paraît préférable (1). »

La solution de la Cour d'Amiens a fixé la jurisprudence. Plusieurs autres décisions admettent implicitement la même doctrine, puisqu'elles acceptent de statuer sur des demandes tendant à ordonner la transcription (2). La Cour d'Angers ordonna qu'en marge de la transcription du jugement de divorce soit transcrit l'arrêt qu'elle avait rendu; elle considère cette transcription de son arrêt comme un moyen de répondre au reproche qu'on pourrait adresser à l'officier municipal d'avoir transcrit le divorce, le délai légal expiré.

TROISIÈME QUESTION. — *Le jour de la dissolution du mariage sera-t-il celui de la transcription tardive ou devra-t-on admettre une rétroactivité ?*

M. Massigli (*Revue critique*, 1894, p. 139 et suiv.), après quelques hésitations, déclare qu'il y a lieu d'admettre la rétroactivité. Le divorce sera censé avoir existé dès le cinquième jour qui a suivi la réquisition. La transcription tardive sera regardée comme ayant été réellement faite le jour où elle aurait dû l'être. — Cet auteur fait remarquer que les parties ne doivent point souffrir du retard apporté par l'officier d'état civil à la transcription. La

(1) Hitier, op. cit., p. 58. — En ce sens, note sous l'arrêt d'Amiens (Sirey, 92. 2. 154), et Baudry-Lacantinerie, 5^e édition, t. I, p. 432.

(2) Voir notamment l'arrêt de la Cour d'Angers du 10 mars 1891 (S. 93. 2. 164).

loi veut que la situation des époux soit fixée après le cinquième jour qui suit la réquisition. Prolonger l'incertitude, c'est méconnaître son but.

« Elle (la loi) n'a pas voulu, dit M. Massigli, que deux époux entre lesquels la justice a déclaré l'existence d'une cause de divorce aient la liberté de faire opérer à leur gré et à leur heure la transcription dont elle a fait la condition de la validité du divorce; elle n'a pas voulu qu'ils puissent demeurer indéfiniment dans une situation qui aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation réciproque et arbitraire. La déchéance prononcée par l'article 252, à défaut de réquisition de la transcription dans les deux mois, n'a pas d'autre cause; l'exposé des motifs l'a déclaré expressément. Cela posé, est-il admissible qu'une fois la réquisition faite, et la stabilité du jugement assurée par elle, la même situation se présente? Assurément non; et cependant c'est le résultat auquel on aboutit, si l'on décide qu'en cas de négligence de l'officier public les effets du divorce ne datent que du jour où cette négligence est réparée. Les parties ont la disposition de leur état, car elles sont libres de saisir la justice quand elles le veulent, et il ne serait pas facile de suppléer contre elles des causes de déchéance qui ne sont pas dans la loi. »

M. Colmet de Santerre (1) professe la même opinion : « L'article 252 nouveau n'a pas voulu que les parties souffrissent de la négligence ou de la mauvaise volonté de l'officier de l'état civil; il a en

(1) Colmet de Santerre, t. I, 378 bis, X.

quelque sorte restitué *in integrum* les parties contre l'inertie de l'officier. Tandis que si les parties sont en faute, il déclare après l'expiration des délais le divorce nul et non avenue, et dans le cas qui nous occupe, il se contente de frapper d'une peine l'officier public sans statuer sur le sort du jugement dont il reconnaît par là la force persistante. C'est pour cela même qu'il a assigné une date fixe à la transcription, le cinquième jour après le dépôt des pièces, de sorte qu'à partir de ce jour, il considère la transcription comme accomplie. *Dies scripsit pro homine*; d'où il résulte que, quand l'article parle d'un jugement dûment transcrit, il faut ajouter : ou réputé transcrit. »

Malgré la force apparente de ces arguments, l'opinion de MM. Massigli et Colmet de Santerre paraît assez difficile à admettre. Nous avons vu, en discutant le point de départ des effets du divorce en cas de transcription régulière, combien graves étaient les inconvénients de la rétroactivité dans une matière touchant à l'état des personnes. Ces inconvénients ne seraient pas moindres dans le cas de transcription tardive.

D'ailleurs la transcription ne remplace-t-elle pas aujourd'hui l'ancien « acte de divorce »? La nature de la formalité seule a été modifiée, ses effets subsistent; l'exposé des motifs nous l'apprend. Il faut donc que le mariage soit dissous par un acte laissant des traces et non pas par l'arrivée d'un jour déterminé. Mais, la transcription étant considérée comme une condition suspensive de l'existence du jugement, on pourrait nous dire que le

mariage est dissous le cinquième jour qui suit la réquisition sous condition suspensive de transcription par l'officier d'état civil. La transcription en un mot sera censée avoir été opérée le jour où elle aurait dû l'être. C'est une fiction! le législateur a seul le droit d'en créer, telle sera notre réplique.

Le législateur, en choisissant un jour déterminé pour la transcription, n'a sûrement pas songé, comme semble le croire M. Colmet de Santerre, au cas de négligence ou de mauvais vouloir de l'officier d'état civil. Il s'est plutôt préoccupé d'empêcher des fraudes au profit ou au détriment des tiers. Cela paraît prouvé par la substitution, dans l'intervalle de temps qui sépara les deux délibérations de la loi de 1886 au Sénat, d'une date fixe au délai de huitaine établi par le projet du gouvernement (1).

La transcription, nous le répétons, a été instituée pour mettre les tiers à l'abri de surprises. Qu'elle soit effectuée en temps voulu ou tardivement, son caractère et ses effets doivent être les mêmes (2).

En matière de transcription de droits immobiliers susceptibles d'hypothèques, on n'a jamais soutenu que les transcriptions opérées tardivement par un conservateur des hypothèques dateraient du jour où elles auraient dû être faites.

Les tiers n'ont aucun moyen de connaître la réqui-

(1) *J. Off.*, Sénat 1885, déb. parl., p. 1295 et suiv.

(2) M. Tissier (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897) ne partage pas l'opinion de M. Massigli : « Nous hésiterions à admettre cette opinion qui nous paraît apporter au principe une restriction quelque peu arbitraire. »

sition de transcription d'un jugement de divorce, les registres ne la mentionnent pas ! Ils peuvent donc légitimement croire à une réconciliation des époux quand ils s'aperçoivent que la transcription n'a pas été faite en temps voulu.

M. Massigli taxe d'arbitraire la fixation d'un délai dans lequel les époux doivent actionner en justice l'officier d'état civil. On peut répondre : n'est-il pas plus arbitraire de placer au cinquième jour de la réquisition la dissolution du mariage, alors que la loi est muette et que l'on admet comme lui à juste titre, dans les cas ordinaires, que le mariage n'est dissous que par la transcription du jugement de divorce ?

La jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas encore eu à statuer sur ce point. On pourrait cependant citer, comme se rapprochant de notre opinion, le jugement du Tribunal de Vervins du 27 février 1890 ; M. Massigli en a d'ailleurs fait la remarque. Un de ses considérants paraît en effet significatif : « Attendu que si l'article 252 C. civ. a prescrit que la transcription du jugement de divorce soit effectuée le cinquième jour de la réquisition pour que ses effets remontent au jour de la demande, il a entendu par cette disposition régler principalement la question des rapports civils entre les époux en ce sens que le DÉLAI PASSÉ, les effets civils du jugement ne remonteront plus qu'à la date de la transcription. » Si, en cas de transcription tardive, le Tribunal n'admet pas la rétroactivité de l'article 252 *in fine*, il ne saurait *a fortiori* admettre à l'égard des tiers la rétroactivité au cinquième jour qui suit la réquisition.

QUATRIÈME QUESTION. — *En supposant admise la rétroactivité, n'y aurait-il pas lieu de distinguer entre les effets inter partes et les effets à l'égard des tiers ?*

M. Hitier prétend que la jurisprudence pourrait songer à transporter ici la distinction par elle admise en matière de séparation de corps. « Le divorce, en cas de transcription tardive, serait considéré, dit-il, comme datant du cinquième jour qui aurait suivi la réquisition, quant à ses effets *inter partes* ; pour les tiers, il daterait seulement de la transcription. On arriverait par cette espèce de transaction à concilier les deux ordres d'intérêts opposés sans sacrifier complètement l'un d'entre eux. »

M. Hitier, toutefois, fait observer que la doctrine a protesté bien des fois contre l'application faite par la jurisprudence de la distinction en matière de séparation de corps. Au reste, le législateur paraît hostile à toute distinction de ce genre lorsqu'il s'agit de l'état des personnes, qui en quelque sorte est indivisible ; on est divorcé ou on ne l'est pas. Quand le législateur, comme dans l'article 252 *in fine*, établit formellement une distinction entre les effets *inter partes* et les effets à l'égard des tiers, on doit s'incliner ; quand il ne dit rien, il faut s'en tenir aux principes de droit et à la logique.

Cette question ne se pose, bien entendu, que si l'on ne repousse pas catégoriquement toute idée de rétroactivité en matière de transcription de divorce. Nous aurions donc pu, à la rigueur, l'écarter sans discussion.

CINQUIÈME QUESTION. — *Quel sera l'effet d'une réconciliation ou du décès d'un époux intervenant entre le cinquième jour qui suit la réquisition et le jour de la transcription ?*

Un mot d'abord sur le cas où une réconciliation ou un décès interviendrait entre le premier jour de réquisition et le cinquième. Ici aucune faute ne peut être reprochée à l'officier d'état civil, puisque la loi lui défend de transcrire avant le cinquième jour. Aussi la plupart des auteurs décident-ils que le divorce devient non avenu ; la transcription ne s'effectuera pas. On fait valoir que l'article 244, § 3, n'établit aucune distinction : « L'action en divorce s'éteint par le décès d'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

Tant que la transcription n'a pas eu lieu, le mariage dure encore, mais il ne tient plus qu'à un fil ; ce fil, l'officier municipal n'a pas le droit de le briser en cas de réconciliation, car il agirait contre la volonté des époux, ses mandants ; il ne peut pas non plus le briser en cas de décès d'un conjoint, car la mort a donné satisfaction à l'autre en lui rendant sa liberté. La loi n'accorde pas de *restitutio in integrum* contre un changement d'état effectué, mais elle l'empêche de s'effectuer lorsqu'il est encore temps.

M. Baudry-Lacantinerie défend seul l'opinion contraire (1). De deux choses l'une, dit-il ; ou l'article 244 fait allusion au fait matériel de la transcrip-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 5^e édition, t. I, p. 432.

tion, et alors, dans tous les cas sans distinction, la mort d'un des époux rendra le divorce non avenu quand elle se produira avant la transcription; ou bien la loi fait allusion à la réquisition de transcription, et alors la mort survenue postérieurement sera toujours sans influence sur le sort du divorce. M. Baudry-Lacantinerie déclare adopter, sans donner de raisons de son choix, la deuxième interprétation de l'article 244.

Revenons à notre question. Elle est intimement liée à celle du point de départ des effets du divorce en cas de transcription tardive. La plupart des arguments présentés au sujet de cette dernière peuvent être reproduits. Relevons cependant entre elles une petite différence. Dans le système qui considère le mariage comme rétroactivement dissous au jour du jugement prononçant le divorce, le point de départ des effets du divorce reste le même, que la transcription soit tardive ou opérée dans le délai légal. Mais malgré tout il importe de savoir si la transcription sera possible quand la mort d'un des conjoints se sera produite avant qu'elle n'ait eu lieu et postérieurement au jour où elle aurait dû être faite.

La plupart des auteurs admettent la possibilité de la transcription qui sera au besoin réclamée par les héritiers du conjoint prédécédé (1). M. Carpentier fait notamment observer que les époux ne doivent pas souffrir de la faute de l'officier d'état civil. Vaut-il mieux que ce soient les tiers? Et puis nous ne

(1) Massigli, *Revue critique*, 1894, p. 134 et 137. — Carpentier, t. II, p. 182. — Coulon, t. IV, p. 470. — Curet, *Code de Divorce*, n° 44.

voyons pas bien en quoi les époux souffriront si la réconciliation ou la mort mettent obstacle à la transcription. Le conjoint survivant verra cesser pour toujours, par le décès de l'autre, une vie commune devenue insupportable, il pourra se remarier. La dissolution du mariage par le divorce lui eût peut-être, il est vrai, procuré quelques avantages pécuniaires qu'il n'aura pas avec la dissolution par la mort. (Voir l'art. 299.) Mais le législateur n'a apporté une restriction au principe de l'indissolubilité du mariage que pour des raisons d'ordre moral, il ne se préoccupe pas, en matière de divorce, des raisons d'ordre pécuniaire. Même réponse peut être donnée à ceux qui parleraient de l'intérêt des héritiers du conjoint décédé.

En cas de réconciliation, l'intérêt des époux est-il sacrifié ? nullement. Au contraire, puisqu'on leur permet dans notre opinion de reprendre la vie commune sans qu'ils aient besoin de recourir à une seconde célébration de mariage. On les empêche, il est vrai, de revenir sur leur traité de paix, de réclamer en justice la transcription du divorce, mais se réconcilier, n'est-ce pas renoncer pour toujours à ses droits antérieurs ?

Pour nous, tant que la transcription n'est pas accomplie, il n'y a pas encore de divorce, mais une action en divorce susceptible de s'éteindre par la réconciliation ou par la mort. Admettre une autre solution, c'est faire de la réquisition de transcription un acte spécial destiné à rompre le mariage, la transcription n'étant qu'une formalité accessoire ayant pour but de faire connaître au public le juge-

ment qui autorise le divorce et la manifestation solennelle de volonté d'un des époux qui le consacre. Evidemment une pareille conception n'est pas celle du législateur de 1886. La jurisprudence le déclarera, croyons-nous, quand elle sera appelée à se prononcer.

Lorsque l'officier d'état civil n'a pas effectué la transcription le cinquième jour de la réquisition, sa responsabilité est engagée. En vertu de l'article 1382 C. civ., il devra des dommages-intérêts aux époux dans notre opinion, aux tiers si l'on fixe au cinquième jour après la réquisition le moment de la dissolution du mariage en cas de transcription tardive (1). Il va sans dire qu'aucune réparation ne serait due quand la transcription n'a pu être opérée à temps par des circonstances étrangères à la volonté de l'officier municipal, par exemple dans le cas où il y aurait lieu de rectifier le jugement de divorce qui contiendrait des erreurs sur le nom des parties (2).

Jusqu'ici nous avons supposé que l'officier d'état civil, refusant d'obtempérer à une réquisition régulière, n'avait pas transcrit le cinquième jour.

Voyons maintenant les conséquences du défaut de mention de divorce en marge de l'acte du mariage. On pourrait peut-être songer à soutenir que dans ce cas la transcription est nulle et le divorce

(1) Tous les auteurs admettent le droit aux dommages-intérêts. Voir l'affirmation de ce droit dans les considérants du jugement rendu le 27 février 1890, par le Tribunal de Vervins (S. 92. 2. 154).

(2) Se reporter à l'affaire jugée par le Tribunal de Mamers et la Cour d'Angers les 10 mars 1891 et 23 juin 1893 (S. 93. 2. 165).

par contre-coup, car on n'a satisfait qu'à moitié à l'ordre de la loi qui impose la transcription à peine de nullité. Personne cependant ne s'en est avisé!

Avec plus de vraisemblance, on pourrait encore déclarer que le divorce ne sera pas opposable aux tiers tant que la mention ne sera pas opérée. Les personnes qui veulent traiter avec une femme divorcée, pourrait-on dire, demanderont, si elles ignorent son changement d'état, un extrait de son acte de mariage et le plus souvent n'iront pas rechercher la transcription. L'extrait ne portant point de mention du divorce, elles concluront de confiance leur marché. Il est donc juste de ne pas leur faire supporter les conséquences d'une erreur qui ne leur est pas imputable.

Les auteurs n'acceptent pas cette manière de voir (1). On ne saurait que les approuver. Sans doute, dans bien des cas les personnes qui ne soupçonnent pas le divorce ne s'assureront pas qu'il n'existe aucune transcription, elles comptent être suffisamment renseignées par l'acte de mariage; mais peut-on soutenir qu'elles ne soient pas en faute? Avant de traiter, elles devaient se demander si un divorce était intervenu, elles avaient deux façons de le savoir, elles n'auraient pas dû n'en employer qu'une et précisément *la moins sûre*.

On reconnaît toutefois aux tiers victimes de la négligence de l'officier de l'état civil le droit de lui demander des dommages-intérêts en vertu de l'ar-

(1) Carpentier, t. II, p. 158. — Coulon, t. IV, p. 466. — Depeiges, p. 86. — Vraye et Gode, p. 381.

ticle 1382 C. civ. La peine édictée par l'article 50 lui sera applicable; elle le serait aussi au greffier du Tribunal civil chargé de la mention sur l'exemplaire des registres de l'état civil dont il a la garde.

Tout ceci ne souffre guère de difficultés. On discute seulement sur le point de savoir si la pénalité de l'article 50 devra frapper le procureur de la République coupable de n'avoir pas surveillé les officiers municipaux. (Comp. art. 49 C. civ.) Certains auteurs ne l'admettent pas. Ils font remarquer que les membres du ministère public sont indépendants des tribunaux près lesquels ils exercent, — que ceux-ci n'ont pas plus à les juger qu'à leur donner des ordres. D'ailleurs c'est le procureur de la République qui de par la loi est chargé de requérir la condamnation aux amendes pour fautes commises dans la tenue des registres d'état civil. (Art. 53 *in fine*.) Il ne peut cumuler les rôles d'accusateur et de partie poursuivie (1).

On répond très justement que les procureurs, irresponsables en principe au sujet de leurs réquisitions et de leurs actes de nature judiciaire, peuvent l'être quand il s'agit de leurs fonctions relatives à l'état civil; celles-ci sont plutôt d'ordre administratif. Ils ne sont pas jugés, disent MM. Vraye et Gode, par le Tribunal civil, mais par la Cour d'appel et poursuivis à la requête du procureur général.

D'ailleurs l'article 50 est formel; il édicte une amende contre tous les fonctionnaires dénommés

(1) Marcadé, t. I, n° 248. — Demolombe, t. I, p. 453.

dans l'article précédent, et le procureur de la République est un de ceux-là (1).

On objecte en vain que l'article 50 ne renvoie pas seulement à l'article 49, mais aussi aux articles précédents, dont l'un parle du président du Tribunal civil, et qu'il faudrait pour être logique déclarer ce dernier également répréhensible.

Assurément l'article 45, quoique éloigné de l'article 50, le précède, et l'énumération de l'article 50 pourrait comprendre celle de l'article 45. Ce dernier charge ce magistrat de légaliser les extraits d'actes délivrés par les officiers d'état civil et les greffiers. Cette légalisation a pour but de déclarer authentique la signature du fonctionnaire qui délivre l'extrait. On ne peut pratiquement concevoir d'autre contre-vention à la loi de la part du président que la légalisation d'une signature qui ne serait pas celle du greffier ou de l'officier d'état civil compétent. Une légalisation ne se produirait jamais dans ces conditions sans que le magistrat ne soit complice d'un faux. Est-ce le cas d'appliquer l'amende de l'art. 50 du Code civil?

Aucune des raisons données pour édicter l'irresponsabilité du procureur de la République n'a donc de valeur sérieuse.

(1) Sic Huteau d'Origny, *de l'Etat civil*, t. X, chap. I, n° 7. — Rieff, *Commentaires des actes de l'état civil*, n° 95. — Aubry et Rau, 4^e édition, t. I, p. 206. — Toullier, *Droit civil*, t. II, p. 312. — Vraye et Gode, *op. cit.*, nos 381 et suiv.

CHAPITRE V

Appréciation critique de la Transcription au point de vue législatif.

La transcription des jugements et arrêts prononçant le divorce n'est pas une institution exclusivement propre à la France. Sans doute, dans la plupart des pays admettant le divorce, le jugement qui le consacre, rendu soit par les tribunaux ecclésiastiques comme en Russie, soit par les tribunaux civils (Allemagne, Angleterre, Etats-Unis, etc.....), n'est assujetti à aucune formalité de ce genre. Mais la transcription est imposée en Suisse dans le canton de Genève. En Autriche, où le Code civil admet le divorce pour les non-catholiques, lorsque la sentence qui le prononce est devenue définitive, le juge pourvoit d'office à ce qu'elle soit transcrite conformément au § 122 du Code civil sur le registre des mariages (§ 19 C. civ. autrichien).

Dans le royaume des Pays-Bas, le jugement qui

admet le divorce est inscrit à la requête d'une des parties sur les registres de l'état civil dans les six mois à compter du jour où il est devenu définitif, sous peine d'être considéré comme non avenu et sans que le divorce puisse pour les mêmes causes être demandé une seconde fois. (C. civ. néerl., art. 276.)

Rappelons enfin que la Belgique étant toujours régie par le Code civil français de 1804, le divorce autorisé par jugement est prononcé par l'officier d'état civil, conformément à notre ancien article 264.

Passons maintenant à l'examen critique de notre législation au point de vue spécial de notre transcription. Si nous considérons d'abord le texte de la loi, il est difficile de ne pas y rencontrer bien des lacunes et de nombreuses confusions.

L'article 244, très net en ce qui concerne les effets du décès d'un des époux, ne nous dit rien du cas de réconciliation postérieure au jugement de divorce et antérieure à la transcription.

L'article 248 *in fine*, après avoir parlé du délai pour se pourvoir en cassation, nous déclare que ce pourvoi est suspensif en notre matière, mais il oublie de nous dire s'il en est de même du délai sur lequel son attention s'est cependant portée un instant auparavant. N'est-il pas cependant indispensable de le savoir pour établir le point de départ des deux mois accordés pour requérir la transcription ?

Nous ne critiquons point la rédaction de l'article 249, bien qu'il se soit élevé des controverses sur son interprétation. En décidant que « le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas

susceptible d'acquiescement », la loi avait clairement tranché la question ; les termes généraux dont elle s'est servie n'autorisent aucune distinction. La responsabilité des controverses n'incombe donc qu'aux auteurs trop peu respectueux du texte de la loi.

Peu de chose à dire au sujet de l'article 251. Toutefois il eût pu donner une indication plus nette du lieu où doit être opérée la transcription en cas de mariage célébré hors de France. Une équivoque est possible sur ces mots : « avaient leur dernier domicile » ; nous l'avons fait remarquer au cours de cette étude.

Reste l'article 252, qui est le plus important.

Sur la question essentielle du point de départ des effets du divorce, il est muet. On est forcé, pour la résoudre, d'aller chercher dans les travaux préparatoires, des arguments qu'on devrait puiser dans les textes. La question, pourtant, avait déjà été soulevée sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884 ! Elle est grosse de conséquences au point de vue moral et pécuniaire ; les nombreuses décisions judiciaires intervenues depuis 1886 le prouvent surabondamment !

D'autre part, le législateur, qui dans le § 2 prend soin d'édicter une peine (bien légère du reste) contre l'officier municipal qui ne transcrit pas le cinquième jour qui suit la réquisition d'un époux, néglige d'indiquer les conséquences de l'omission au point de vue civil, ce qui eût été infiniment plus intéressant à connaître ! Un oubli complet de la

question de la transcription tardive nous choquerait moins que cette demi-solution !

Le § 3 ne nous semble pas mériter les mêmes critiques. C'est peut-être un tort de prononcer la nullité des divorces non transcrits dans le délai de deux mois ; mais la volonté des auteurs de la loi de 1886 est très nette. Si doctrine et jurisprudence ont relevé certains époux de la déchéance édictée faute de réquisition de transcription en temps utile, elles ont modifié la loi au lieu de l'appliquer. Il n'y a aucun reproche à adresser aux auteurs du § 3, qui avaient prévu et frappé la réquisition tardive.

Quant au dernier paragraphe de l'article 252, il est, de l'aveu de tout le monde, rédigé d'une façon déplorable. L'interprétation littérale de ce texte conduirait à des résultats diamétralement opposés aux intentions du législateur. Les précédents qui expliquent le sens de l'innovation réalisée en 1886, les déclarations très détaillées du rapporteur au Sénat, le démontrent d'une façon irréfutable.

Abandonnons la critique des textes. Il en est d'autres et de plus graves qui s'attaquent aux principes mêmes admis par le législateur.

D'après les auteurs de la loi de 1886, le point de départ des effets du divorce est, croyons-nous, le jour de la transcription. Ce jour sera en fait fort éloigné de celui de la demande, car souvent une action en divorce dure une ou deux années, si ce n'est plus ! On a craint que pendant cette période intermédiaire le mari ne fût tenté d'abuser de ses droits de chef de la famille et de seigneur et maître de la communauté légale ; c'est pourquoi l'ar-

ticle 252 *in fine* établit la rétroactivité du divorce au jour de la demande quant aux intérêts pécuniaires des époux *dérivant des conventions matrimoniales*.

Cette rétroactivité est une complication inutile : « A quoi se ramène-t-elle en effet ? se demande M. Carpentier ; à faire tomber les actes que les époux auront pu consentir *entre eux* pendant le procès ? Mais de tels actes n'étaient-ils pas suffisamment protégés par le droit commun pour qu'on dût s'en préoccuper encore ? (art. 1099, 1100, 1595, etc.). Se produiront-ils même en pratique, alors que chacun des conjoints est pour l'autre un objet de suspicion et de défiance ? A faire reporter au jour de la demande la liquidation des droits respectifs des époux ? Mais qu'importe si chacun d'eux, dans l'intervalle, a conservé les pouvoirs d'administration qu'il tenait de son contrat ou de la loi ? S'il a pu valablement les exercer à l'égard des tiers et si ceux-ci ne peuvent être recherchés ? La satisfaction stérile qui sera donnée à la femme d'antidater en quelque sorte la dissolution de son mariage, empêchera-t-elle par exemple que le mari n'ait mis à profit les lenteurs du procès pour dissimuler une partie de l'actif commun en le faisant mobilier d'immobilier qu'il était ? L'empêchera-t-elle d'avoir perçu et dissipé pendant ce temps les revenus communs ? »

Sans doute, M. Carpentier (1) le reconnaît, le mari devra des comptes à la femme ; mais le plus souvent la comptabilité sera fictive.

(1) Carpentier, op. cit., t. II, p. 184.

Pour M. Coste (1), ces critiques ne sont point fondées. Si le mari commet des abus de pouvoir, la femme a droit à une indemnité; elle peut en poursuivre le paiement par tous les moyens mis par la loi à la disposition d'un créancier. Pour que la comptabilité du mari devînt fictive, il faudrait qu'il eût l'idée de se ruiner complètement pour ne pas payer ce qu'il doit à sa femme.

Le reproche ne nous semble pas péremptoire. Supposons que sous un régime d'exclusion de communauté le mari ait abusé de ses pouvoirs sur les propres de la femme et que personnellement il ne possède rien, que vaudra le droit à l'indemnité de la femme ? D'ailleurs on peut devenir insolvable bien qu'étant maître d'une fortune élevée. Il suffit de convertir cette fortune en titres au porteur, voire même en rentes sur l'Etat. Qui empêchera le mari de procéder à cette opération ?

Ces développements nous écartent peut-être quelque peu du cœur de notre sujet, mais il convenait de noter que la distinction entre les différents effets du divorce au sujet de leur point de départ, n'avait guère de raison d'être. Le législateur, s'il tenait à placer le moment de la dissolution du mariage au jour de la transcription, n'aurait dû établir de retroactivité dans aucun cas. La restriction apportée à son principe est illogique et inutile.

Nous allons plus loin ; nous estimons qu'il faudrait changer le principe lui-même. Le point de départ de tous les effets du divorce devrait être le jour de

(1) Coste, *Point de départ des effets du divorce*, p. 230.

sa prononciation. Ce serait conforme à la règle d'après laquelle les jugements constitutifs de droits nouveaux produisent effet à compter du moment où ils sont rendus. La transcription serait conservée comme mesure de publicité, mais aucune nullité ne serait édictée, sous prétexte qu'elle n'aurait pas eu lieu en temps voulu.

Nous irions même jusqu'à souhaiter qu'elle fût opérée, non plus à la requête des parties, mais à la diligence du procureur de la République, dans un court délai prenant son point de départ au jour où la décision prononçant le divorce serait devenue définitive. L'accomplissement de cette formalité, n'ayant d'autre utilité que de renseigner le public sur le changement d'état des époux, nous paraît rentrer dans la compétence du magistrat chargé des intérêts de la société.

Quels inconvénients résulteraient de cette innovation ? Au point de vue de l'intérêt social ? on dira peut-être qu'il ne faut pas faciliter le divorce, que la nécessité d'une réquisition de transcription est un dernier obstacle pour les conjoints, qu'il est utile de permettre le pardon au demandeur, même après le jugement de divorce.

Mais en principe, voit-on souvent de ces réconciliations tardives ? Lors de la discussion de la loi de 1886 au Sénat, la suppression de la prononciation du divorce a donné lieu à un grand débat entre M. Labiche et M. Allou.

Adversaire du projet gouvernemental, M. Labiche faisait valoir, entre autres arguments, que la nécessité d'une comparution devant l'officier d'état civil

pouvait arrêter le demandeur ; le président de la Commission lui répondit en ces termes : « Comment, » voilà des époux qui plaident depuis deux années, » peut-être moins si vous voulez, mais pendant un » long intervalle de temps ; les débats de ce genre » sont toujours prolongés et les griefs ordinaires se » sont aggravés par la lutte elle-même. — Est-il » permis d'espérer qu'à la suite du jugement obtenu » par l'époux demandeur recevant satisfaction de la » justice, il va s'arrêter soudain et désarmer ? »

S'il en est ainsi, il faut aller plus loin que M. Allou. Pas plus que l'appréhension de paraître devant le maire, la nécessité d'une réquisition formelle de transcription dans un délai de rigueur n'arrêtera l'époux qui désire la rupture d'un lien devenu intolérable.

Faut-il parler de l'intérêt des époux ? En décrétant la nullité du divorce faute de réquisition dans les deux mois, l'article 252, § 4, a frappé injustement des conjoints dont les intentions n'étaient pas douteuses, mais qui, étrangers à la science du droit, avaient été victimes d'une négligence de leur avoué ou de leur huissier, ou bien s'étaient trouvés arrêtés par des obstacles qui, bien que ne constituant pas des cas de force majeure au sens légal du mot, leur avaient semblé insurmontables. [Paris, 30 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 8 juin 1888.) — Cassation, 5 août 1896 (D. 1897. 1. 403).]

Dira-t-on que les tiers seraient sacrifiés dans le système que nous proposons ? On oublie que les affaires de divorce, surtout en province, sont généralement très connues du public. Par la rumeur

publique, le tiers qui veut traiter avec un époux sera donc averti en attendant qu'il soit définitivement renseigné sur le point de savoir si une instance en divorce est pendante ou si un jugement est intervenu, ce qui n'est pas difficile à savoir.

Du reste, conformément à l'article 250, le jugement de divorce, on le sait, reçoit une certaine publicité. Au besoin on pourrait l'élargir en imposant des insertions dans plusieurs journaux. Il serait bon aussi d'organiser pour la demande en divorce une publicité analogue à celle qui existe pour les demandes en séparation de biens. Il y aurait lieu de s'inspirer de cette publicité que peut actuellement ordonner le tribunal dans le cas où l'assignation à fin de divorce n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne.

Pour sauvegarder encore davantage l'intérêt des tiers, on conçoit qu'on pourrait au besoin opérer sur un registre spécial la transcription de toute décision prononçant le divorce aussitôt qu'elle existe, quitte à la rayer dans le cas où la décision serait réformée en appel ou en cassation. Toutefois nous reconnaissons que ce mode de procédé offrirait de graves inconvénients ; il ne convient pas d'exposer les registres de l'état civil à de nombreuses rectifications.

Quel que soit le moyen proposé pour avertir les tiers, il faut reconnaître qu'il n'est pas indispensable de placer la dissolution du mariage au jour de la transcription. Il est peu juridique de faire briser un contrat solennel formé en présence d'un officier public par la reproduction sur les registres de l'état

civil du dispositif d'un jugement, par un acte qui n'est en lui-même qu'une simple mesure d'exécution de ce jugement.

Il serait à tous égards préférable de faire de la transcription des jugements ou arrêts de divorce quelque chose d'analogue à la transcription des jugements de nullité de mariage. En donnant à la transcription un rôle plus modeste, on évitera les ennuis qui se produisent actuellement lorsque l'officier d'état civil n'a pas obtempéré au jour dit à la réquisition des époux, ou lorsque la réquisition elle-même a été tardive.

Tout en considérant la transcription, quoique tardive, comme le point de départ des effets du divorce, M. Tissier regrette que le législateur n'ait pas adopté des principes différents dans la matière. « Il pourra, dit-il, y avoir sans doute des inconvénients pratiques très sérieux à maintenir ainsi pendant longtemps la situation incertaine résultant d'un divorce non encore transcrit. La faute en est au législateur, qui eût été mieux inspiré en considérant le divorce comme résultant du seul jugement et en faisant de la transcription une simple mesure de publicité dont l'inaccomplissement n'aurait pas été sanctionné par la nullité du divorce (1). »

Bien des difficultés seraient aplanies par cette réformation. La transcription pourrait être effectuée plus tôt ; le délai de deux mois accordé pour la réquisition ne se comprendrait plus, les époux

(1) Voir l'article précité de M. Tissier dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897.

n'ayant plus besoin de réfléchir sur le parti à prendre. D'un autre côté, on éviterait des lenteurs en chargeant le procureur de la République du soin de la transcription.

Nous croyons que cette conception du rôle de la transcription pourrait être acceptée par le législateur. Nous serions alors arrivés au terme d'une évolution facile à suivre.

Sous le droit intermédiaire, il fallait, pour dissoudre le mariage, une *manifestation solennelle de volonté* de l'époux demandeur; le divorce était prononcé par l'officier public sur l'avis conforme d'une assemblée de famille. Le rôle de l'officier d'état civil était très important; c'était la seule autorité qui intervint dans le divorce; à lui seul incombait la tâche de veiller à l'observation des règles de forme et de fond établies par le décret du 20 septembre 1792.

Avec le Code civil, les tribunaux furent appelés à statuer sur les causes du divorce, à *donner l'autorisation* nécessaire à la rupture du mariage. L'officier de l'état civil resta chargé de la prononciation, effectuée en présence des deux conjoints sur la réquisition du demandeur, mais son intervention devenait de pure forme. La cérémonie à laquelle il présidait avait perdu toute solennité; les époux, dont l'animosité s'était accrue pendant de longs débats judiciaires, ne pouvaient guère être émus en se présentant à la mairie pour entendre prononcer la formule qui les déliait de leurs engagements.

C'est pourquoi le législateur de 1886 supprima l'acte de divorce reconnu antérieurement par le

Code civil et la loi du 27 juillet 1884. Un second pas était fait. Désormais la justice n'autorise plus mais *prononce* le divorce. L'officier d'état civil exécute seulement sa décision en la transcrivant sur ses registres.

Il nous reste un dernier souhait à formuler.

Le divorce dépend aujourd'hui de la transcription imposée à peine de déchéance dans le délai de deux mois. Même après une décision de justice devenue définitive, il faut encore une manifestation de volonté des parties. Il nous paraît nécessaire que le divorce soit un fait acquis dès que la décision de justice a acquis l'autorité de chose jugée. L'œuvre véritable est accomplie par les tribunaux, il faut que toute trace de formalisme ancienne disparaisse.

Dans la procédure judiciaire organisée par la loi de 1886, qui comporte deux comparutions du demandeur devant le président du tribunal, la volonté du requérant s'affirme suffisamment. Si l'on craint de voir le nombre des divorces augmenter à l'excès, il vaut mieux se montrer plus sévère dans l'examen des griefs, rechercher si l'offense est assez grave pour interdire tout espoir de réconciliation, que de multiplier les épreuves, les délais de rigueur, de provoquer hors de propos des manifestations de volonté.

La transcription ne doit plus être qu'un simple enregistrement du divorce reconnu par les tribunaux, une formalité destinée uniquement à révéler au public sa prononciation.

On trouvera peut-être étrange que nous formulions un vœu semblable après nous être efforcé de

démontrer que le point de départ du divorce était en principe le jour de la transcription, qu'elle fût opérée en temps voulu ou après l'expiration des délais.

Nous ne sommes pas de ceux qui, prenant leurs désirs pour la réalité, croient toujours, malgré l'évidence, que le législateur a consacré le système le plus logique et le plus équitable !

Vu :

M. DESLANDRES.

Vu :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM,

CORRESPONDANT DE L'INSTITUT.

Dijon, 20 novembre 1900.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Historique de la transcription. — Travaux préparatoires. — Loi du 18 avril 1886	5
CHAPITRE I ^{er} . — Nature de la transcription. — Son formalisme	15
CHAPITRE II. — Conditions exigées pour la transcription. .	25
§ 1 ^{er} . — Conditions relatives aux jugements ou arrêts de divorce.	25
§ 2. — Délais requis pour la transcription	48
§ 8. — Des personnes pouvant requérir la transcription. . .	53
CHAPITRE III. — Effets de la transcription	70
<i>Notions générales</i> : Date de la dissolution du mariage. . .	70
§ 1 ^{er} . — Des effets du divorce ayant pour point de départ le jour de la demande (explication de l'art. 252 <i>in fine</i> , Code civil).	74
§ 2. — Point de départ des effets du divorce non visés par l'art. 252 <i>in fine</i> . (Etude des différents systèmes)	89
CHAPITRE IV. — Sanction des prescriptions de la loi concernant la transcription.	144
§ 1 ^{er} . — De l'inobservation des règles relatives à la réquisition	145
a) Défaut de réquisition	145
b) Réquisition tardive excusable.	151
c) Réquisition irrégulière.	177
§ 2. — De l'inobservation des règles relatives à la transcription par l'officier d'état civil	180

1 ^{re} question. — Pourra-t-on réclamer la transcription à quelque époque qu'on se trouve de celle où la réquisition a été faite	185
2 ^e question. — Faudra-t-il toujours une décision judiciaire pour ordonner une transcription tardive ?	186
3 ^e question. — Le jour de la dissolution du mariage sera-t-il celui de la transcription tardive ou devra-t-on admettre une rétroactivité ?	192
4 ^e question. — En supposant admise la rétroactivité, n'y aurait-il pas lieu de distinguer entre les effets <i>inter partes</i> et les effets à l'égard des tiers ?	197
5 ^e question. — Quel sera l'effet d'une réconciliation ou du décès d'un époux intervenant entre le cinquième jour qui suit la réquisition et le jour de la transcription ?	198
CHAPITRE V. — Appréciation critique de la transcription au point de vue législatif	205

